

J. rom. m.

355

J. rom. m.

355^r.

Münster

Bayerische Staatsbibliothek



<36652157140014



Über die
Singular-Succession in Schulden.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

der hohen juristischen Fakultät

der Königlichen Georg-Augusts-Universität zu Göttingen

von

Rudolf Münster,

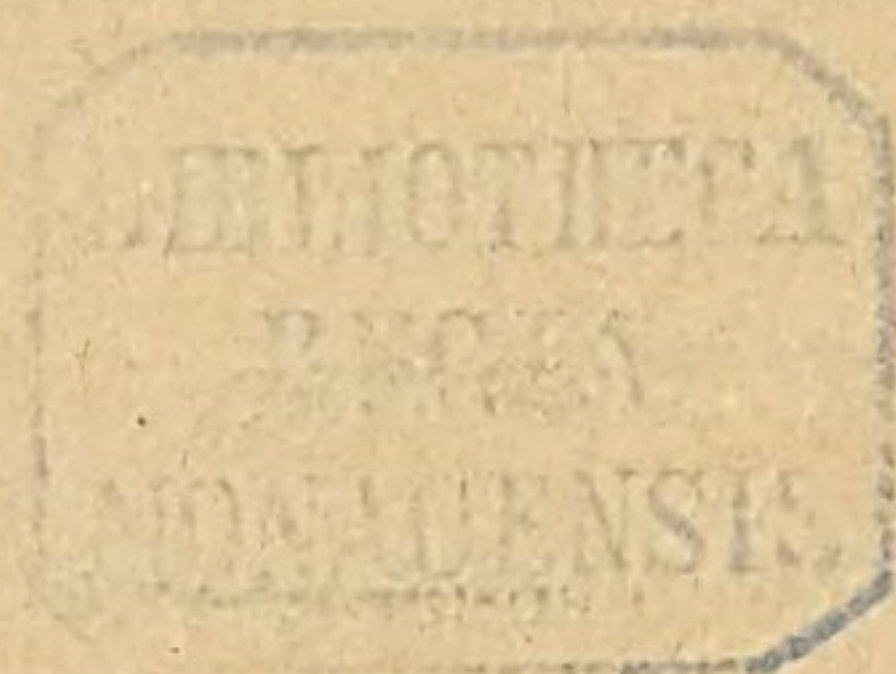
Gerichtsreferendar,

aus Bonn.

B o n n ,

Universitäts-Buchdruckerei von Carl Georgi.

1893.



Meinem lieben Vater.

Disposition.

	Seite
Einleitung.	
I. Der Begriff der Singular-Succession. § 1	1—4
II. Der Begriff der Schuldübernahme. § 2	4—6
Ausführung.	
Die Theorien über die Singular-Succession in Schulden.	
Dogmengeschichtliche Vorbemerkung. § 3	7—10
Erster Abschnitt. Theorien, deren gemeinsamer Grundgedanke ist: es giebt keine Passiv-Succession.	
Erstes Kapitel. Kuntzes Theorie der Zweigobli- gation. § 4	11—22
Zweites Kapitel. Theorien, welche die Passiv-Suc- cession durch Konstruktion mit Hülfe der Ver- träge zu Gunsten dritter zu ersetzen versuchen.	
I. Bähres Theorie der stillschweigenden Ermäch- tigung. § 5	23—33
II. Zauns Theorie der fingierten Cession. § 6.	33—37
Zweiter Abschnitt. Versuch, eine Passiv-Succession zu konstruieren ohne Übertragung der Obligation selbst.	
Die Delbrücksche Theorie. § 7	37—48
Dritter Abschnitt. Theorien, welche in dem Grund- satze sich begegnen: es giebt eine Passiv-Suc- cession.	
Erstes Kapitel. Theorien, welche sie nur für das heutige gemeine Recht behaupten.	
Erster Titel. Der gemeinsame Grundsatz dieser Theo- rien. § 8	49—59

	Seite
Zweiter Titel. Die verschiedenen Konstruktionsversuche.	
I. Theorien, welche die Passiv-Succession konstruieren als Dispositionsakt über ein fremdes Vermögensstück. § 9	60—72
II. Theorien, welche die Passiv-Succession mit Hülfe der Verträge zu Gunsten dritter konstruieren. § 10	72—76
III. Menzels Delegationstheorie. § 11	76—80
Zweites Kapitel. Theorien, welche eine Passiv-Succession nicht allein für das heutige, sondern auch schon für das römische Recht lehren. § 12	80—97
 Schluss-Abschnitt. Die eigne Ansicht. Die Stellung der Entwürfe erster und zweiter Lesung eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich zu der Lehre von der Passiv-Succession. § 13	 97—100

Einleitung.

I. Der Begriff der Singular-Succession. § 1.

Eine Prüfung der Theorien über die Singular-Succession in Schulden erheischt zunächst eine Betrachtung des Begriffes der Singular-Succession.

Ist ein Recht entstanden, d. h. ist der bestimmte Thatbestand zur Verwirklichung gelangt, von dessen Vorhandensein die Rechtsordnung das Sein eines Rechtes abhängig macht, so kann dieses Recht in mehrfacher Hinsicht eine Veränderung erfahren. Es kann sich ändern sowohl inbezug auf seinen Inhalt, sei es in qualitativer, sei es in quantitativer Beziehung, als auch inbezug auf seine Subjekte: sie können sich vervielfältigen, sie können wechseln. Bleibt das Recht bestehen, wechseln aber seine Subjekte, so spricht man von einer Succession oder Rechtsnachfolge. Die Succession ist entweder eine Succession in das Vermögen als ein einheitliches Ganze oder in einzelne Vermögensstücke. Ersterenfalls liegt eine Universal-letzterenfalls eine Singular-Succession vor.

Demgemäss ist eine Singular-Succession dann vorhanden, wenn das Recht des Vorgängers mit demjenigen des Nachfolgers identisch ist, wenn es dasselbe Recht ist, welches erst jenem zustand, und das nun diesem zusteht.

Dies ist der Begriff der Singular-Succession, wie er trotz mannigfacher Anfechtung bis auf den heutigen Tag

vorzugsweise Anhänger findet¹⁾. Man hat gegen diese Begriffsbestimmung namentlich geltend gemacht, 'das Subjekt sei etwas zum Wesen des Rechtes Gehöriges, deshalb müsse bei dem Wechsel des Subjektes das Recht selbst ein anderes werden. Wechsele das Subjekt des Rechtes, so dauere das bisherige Recht nicht fort, sondern es werde aus dem Stoffe des bisherigen Rechtes ein neues Recht geschaffen', oder: 'das neue Recht sei ein aus dem Stoffe des bisherigen gegossenes Recht'²⁾. Die wirtschaftliche Identität, die Übereinstimmung des Inhaltes des Rechtes des Auktors und desjenigen des Successors giebt diese Auffassung also zu; sie leugnet die begriffliche Übereinstimmung. Ein Hauptvertreter dieser Richtung, v. Schey³⁾, lehrt selbst: „Das Recht ist zwar ein anderes, wird aber von der Rechtsordnung behandelt wie das frühere. Die gleichen Normen gelten für das Recht des Successors wie für dasjenige des Auktors; ersterer hat genau dieselben Ansprüche wie letzterer.“

Einem solchen Zugeständnisse gegenüber wird man unbedenklich dem Urteile Windscheids⁴⁾ über diese Theorieen beistimmen: „Wenn man darüber einverstanden ist, dass für den Rechtsnachfolger alles wahr ist, was für den Rechtsvorgänger wahr war, dass eben nichts sich geändert hat als das Subjekt, so wird man zugeben, dass es jedenfalls ein bequemer Ausdruck ist, zu sagen: 'das Recht sei dasselbe geblieben'.“

Man darf sogar noch mehr sagen. Denn fragt man

1) Gürgens in Jahrb. f. Dogmatik, Bd. VIII, S. 223 fg. Regelsberger in Archiv f. d. civil. Praxis, Bd. LXVII. S. 32; Windscheid, die Aktio, S. 157—160.

2) Mansbach, Niessbrauch an Forderungen, S. 14; Kuntze, Obligation und Singular-Succession (1856), S. 61; v. Salpius, Novation und Delegation, S. 345 fg.

3) Zeitschrift f. d. Privat- u. öffentl. Recht der Gegenwart, Bd. VIII, S. 153 fg.

4) Lehrbuch des Pandektenrechtes, 7. Aufl. 1891, § 64 N. 6.

nach den Merkmalen, die wirklich massgebend sein sollen für die Identität des Rechtes von Auktor und Successor, so steht man vor einer Aufgabe, deren Lösung ungewöhnliche Schwierigkeiten mit sich bringt. Ja, man wird mit der Behauptung nicht zu weit gehen, dass es allgemeine Kennzeichen der Identität des Rechtes wohl geben mag, dass sie sich aber ohne Willkür nicht feststellen lassen.

Auch die Römer sind bei ihren Untersuchungen über 'eadem res' und 'eadem actio' nicht weiter gekommen als wir. Sie sagen 'fundus transit', 'res transeunt' (l. 20 § 1 D. de adq. rer. dom. 41, 1; Gai. II, 19). Sie reden von einer 'successio in rem' (l. 1 § 13 D. quod leg. 43, 1), betonen auch ausdrücklich die 'eadem res', wenn sie die Wirkung der Rechtsübertragung schildern (l. 44 § 1 D. de damno inf. 39, 2). In l. 175 § 1 D. de div. reg. iur. 50, 17 sagt Paulus: 'non debeo melioris condicionis esse, quam auctor meus, a quo ius in me transit'. Aber objektive Grenzen zwischen Identität und Nichtidentität des Rechtes haben die römischen Juristen uns nicht gegeben. Sie vermochten ebensowenig, solche Grenzen festzustellen, wie wir es heute vermögen.

Ob in einem gegebenen Falle Identität des Rechtes anzunehmen ist oder nicht, darüber entscheidet das allgemeine Übereinkommen in der Wissenschaft. Dieses Übereinkommen geht heute dahin, dass wir bei einem blossen Wechsel in dem Träger des Rechtes das Recht des Successors als identisch mit demjenigen des Auktors betrachten. Will man nicht zugeben, dass bei dem Übergange des Rechtes von dem bisherigen auf einen andern Inhaber alle Merkmale des Rechtes bestehen bleiben, so muss man doch das zugeben, dass jedenfalls die meisten bleiben. Eben deshalb haben wir uns gewöhnt, das Recht des Auktors und des Successors als identisch zu behandeln. Ja, wenn wirklich noch ein Unterschied zwischen beiden besteht, so kommt er uns gar nicht mehr zum Bewusst-

sein, und mit Recht, denn wenn er vorhanden ist, so kann er das Wesen des Rechtes nicht ändern.

Hält man an dem Begriffe der Singular-Succession, wie wir ihn bestimmt haben, fest, so kommt man zu dem Ergebnisse: Eine Singular-Succession in die Schuld liegt vor, wenn bei einem obligatorischen Rechtsverhältnisse die Person des Verpflichteten wechselt, ohne dass die Substanz des Rechtes von diesem Wechsel berührt wird, vielmehr das Rechtsverhältnis in seiner objektiven Individualität von der Person des Urschuldners auf den neuen Schuldner übergeht mit den ihm anhaftenden Vorzügen und Mängeln.

II. Der Begriff der Schuldübernahme. § 2.

Die Singular-Succession in die Schuld ist eine von den verschiedenen möglichen Rechtswirkungen, die man unter dem einheitlichen Namen 'Schuldübernahme im weiteren Sinne' zusammenfasst. Gemeinsamer Zweck dieser Rechtswirkungen ist: Entlastung des bisherigen Schuldners unter gleichzeitiger Verpflichtung eines neuen Schuldners.

Auch die juristische Thatsache, welche diese Wirkungen zu erzeugen vermag, nennt man Schuldübernahme.

Diese Thatsache kann Gesetz oder Vertrag sein. Ersterenfalls spricht man von notwendiger, letzterenfalls von freiwilliger Schuldübernahme. Fälle der ersteren Art sind z. B. die Schuldübernahme des neu in die Firma eintretenden offenen Gesellschafters, die Übernahme der Schulden eines Ehegatten durch den andern in der Gütergemeinschaft. Die freiwillige Schuldübernahme kommt in dem Verkehr mit Grundstücken, bei Veräusserungen von kaufmännischen Handlungen und gewerblichen Anstalten, bei Erbteilungen und andern Vermögensauseinandersetzungen aller Art fast täglich vor.

Die freiwillige Schuldübernahme kann in verschiedenem Sinne und mit verschiedener rechtlicher Wirkung geschehen¹⁾. Nach den allgemeinen Grundsätzen über die Auslegung der Rechtsgeschäfte ist zu beurteilen, welche Wirkung im einzelnen Falle beabsichtigt ist. Der Wille der Parteien kann dahin gehen, dass nicht die Schuld selbst, sondern nur deren Erfüllung übernommen werde. Man bezeichnet diesen Fall als 'Erfüllungsübernahme' und überträgt den Namen auch auf den Vertrag, der diese Wirkung hervorbringt. Oder der bisherige Schuldner soll verpflichtet bleiben, und der Übernehmer als neuer Schuldner hinzukommen, der mit oder neben dem ursprünglichen Schuldner haftet. Alsdann liegt sog. 'kumulative' Schuldübernahme vor; auch hier wieder nennt man ebenso den erzeugenden Vertrag. Endlich kann auch die Schuld in der Absicht und mit dem Erfolge übernommen werden, dass der bisherige Schuldner von seiner Schuld befreit und der Übernehmer an Stelle des bisherigen Schuldners verpflichtet wird, sog. 'privative' Schuldübernahme. Diese letztere kann die Folge einer Vereinbarung von Gläubiger und Übernehmer sein ohne Mitwirkung des Urschuldners, oder eines Zusammenwirkens von Urschuldner, Übernehmer und Gläubiger. Inbetreff dieser privativen Wirkung behauptet man eine doppelte Möglichkeit. Entweder wird an Stelle der alten Obligation eine neue begründet, sodass die alte Schuld nicht über-, sondern untergeht, der Übernehmer also nicht aus der alten Obligation, sondern aus seinem selbstständigen novierenden Versprechen haftet. Oder es wird nicht eine neue Schuld begründet, sondern die alte Schuld selbst auf den Übernehmer übertragen. Mit Rücksicht auf diese beiden Möglichkeiten spricht man von einer Novationswirkung

1) Vergl. Unger, Schuldübernahme S. 7—10, Regelsberger in Endemanns Handbuch Bd. II, S. 532. 533, Motive z. Entwurf I, Bd. II, S. 142 fg.

und von einer Successionswirkung. Den Vertrag nennt man ersterenfalls 'unechte, indirecte', letzterenfalls 'echte' Schuldübernahme.

Ob die Successionswirkung dem Begriffe nach möglich sei oder nicht, und bejahenden Falls, wie sie rechtlich zu konstruieren sei, das ist eine in der Wissenschaft noch heute bestrittene Frage. Das Bestreben, sie zu lösen, hat eine Reihe von Theorien ins Leben gerufen. Man pflegt diese Theorien zu bezeichnen als 'Theorien über die Singular-Succession in Schulden, sog. Passiv-Succession'. Diese Bezeichnung entnimmt man also nicht dem Geschäfte, das jene Wirkung hervorbringen soll, der echten Schuldübernahme, sondern unmittelbar der Wirkung selbst¹⁾.

Die Prüfung dieser Theorien über die Passiv-Succession bildet den Gegenstand der folgenden Untersuchung.

Dabei liegt es in der Natur der Sache, nicht nur diejenigen Theorien zu prüfen, welche die Passiv-Succession grundsätzlich vertreten, aber in ihrer Konstruktion verschiedene Wege gehen, sondern auch diejenigen, welche ihre Möglichkeit verwerfen und das erzeugende Rechtsgeschäft in anderer Weise zu erklären versuchen.

1) Diese Erscheinung gehört nicht zu den Seltenheiten; hat man doch auch bei dem Gegenstücke der echten Schuldübernahme, der Cession, den Namen für die Wirkung des Rechtsgeschäftes auf das Geschäft selbst übertragen, bezeichnet doch auch Novation nicht nur die Wirkung, sondern auch den Vertrag, der sie hervorbringen soll.

Die Theorieen über die Singular-Succession in Schulden.

Dogmengeschichtliche Vorbemerkung. § 3.

Von Theorieen über die Passiv-Succession kann man erst seit der Mitte dieses Jahrhunderts reden. Allerdings wird heute nicht mehr bezweifelt, dass das Geschäft, dessen Wirkung die Singular-Succession in die Schuld sein soll, bereits seit Jahrhunderten im Verkehr eine wichtige Rolle spielt. Aber der Gedanke, dass es hier um ein eigenartiges Geschäft des deutschen Rechtes sich handeln könne, rührt erst von Delbrück her.

Vor Delbrück galt kein Satz als so unumstösslich feststehend wie dieser: „Die Obligation ist so fest an die Person des Gläubigers und Schuldners geknüpft, dass sie von ihnen nicht getrennt werden kann, ohne unterzugehen. Eine Übertragung derselben ist nur in der Weise möglich, dass der Gläubiger die Ausübung seines Forderungsrechtes einem andern zu eigenem Rechte überträgt“¹⁾.

Freilich hat es auch damals nicht an einzelnen Stimmen gefehlt, welche jenen Satz anzuzweifeln suchten. Noch überwog zwar die Achtung vor Mühlensbruchs Schrift über die Cession, in der er als Hauptvorkämpfer jener Lehre hervortrat. Aber schon konnte man Äusserungen hören, die auf eine allmähliche Anfechtung des Grundsatzes von der Unübertragbarkeit der Obligation hindeuteten. So schrieb Brinz in den kritischen Blättern (S. 33. 34): „Davon, dass jener Satz — von der Unübertragbarkeit der Obligation — aus dem Wesen der Obligatio entspringe, werden sich viele ebensowenig überzeugen können als von der Wesentlichkeit dessen, was Wesen der Obligatio sein soll. Zu diesem gehöre ein besonders hoher Grad von Persönlichkeit, eine besonders enge Beziehung auf bestimmte Personen, darum sei die Obligatio nicht übertragbar wie Sachen, darum könne

1) Windscheid, Krit. Übersicht I, S. 27. 28.

nur Gläubiger und Schuldner werden, wer selbst kontrahiere. Wir glauben umgekehrt sagen zu müssen: soweit die *Obligatio* unübertragbar ist, und Gläubiger und Schuldner selbst kontrahieren müssen, soweit ist die *Obligatio* von besonders persönlicher Art; ob ihr diese Persönlichkeit wesentlich sei, hängt davon ab, ob jene Unübertragbarkeit und Unvertretbarkeit etwas Vernunftnotwendiges und Unabänderliches haben. Für ihre Vernunftnotwendigkeit scheint es an einer Formel zu fehlen; was Unübertragbarkeit anlangt, kann man sagen, die *Obligatio* ist nicht mehr dieselbe, wenn ein anderer Schuldner oder Gläubiger eintritt, — allein mit demselben Recht oder Unrecht kann man sagen, das Eigentum ist ein anderes, wenn der Eigentümer wechselt; es kommt bei der *Obligatio*, damit sie fortbestehe, wie beim Eigentum sowie bei den Dingen überhaupt, nicht darauf an, dass alles unverändert bleibe, genug, dass vieles bleibt, dass immer noch ein Schuldner und ein Gläubiger da ist, dass der Inhalt der *Obligatio* derselbe ist, dass sie auf denselben Ursprung zurückführt, an denselben Mängeln und Einreden leidet wie früher. Für die Unvertretbarkeit finden wir nicht einmal den Schein eines zwingenden Grundes. Was aber die Unveränderlichkeit anlangt, so schwindet sie mit der Notwendigkeit“

Allerdings war die Begründung der Unmöglichkeit einer Singular-Succession in die *Obligatio*, wie sie bei den Vertretern des Satzes sich fand, nicht dazu angethan, um auf die Dauer ohne ernsten Widerspruch zu bleiben. Heisst es doch z. B. bei Mühlenbruch¹⁾ nur: „Das Charakteristische aller Forderungsrechte nun zeigt sich eben darin: sie existieren nur durch die wechselseitige Beziehung, worin bestimmte Personen zu einander stehen; fällt diese Beziehung weg, so hört auch das Recht selbst auf. . .“ Und bei Vangerow²⁾: „Die Natur des For-

1) Cession, S. 20. 2) Pand. III, § 574 Anmerk. 1.

derungsrechtes bringt es mit sich, dass dabei eine eigentliche Singular-Succession nicht stattfinden kann. Zwar kann allerdings ein neuer Gläubiger an die Stelle des alten treten, aber nur so, dass mit dem neuen Kreditor auch eine neue *obligatio* entsteht, und das frühere Forderungsrecht ganz zerstört wird.“ — Nicht anders lautet die Begründung bei Unterholzner¹⁾. Es war damals, als wenn auf jenen Satz Anwendung finden sollte, was Cicero von den zwölf Tafeln sagt: ‘discebamus pueri ut carmen necessarium’²⁾.

Einen Wendepunkt in der ganzen Lehre bildet das Erscheinen von Delbrücks Schrift: ‘Die Übernahme fremder Schulden’ und seine in derselben niedergelegte Theorie über die Passiv-Succession.

Mit vollem Rechte darf man von einem Wendepunkte reden. Vor Delbrück behauptet immer der Gedanke die Herrschaft, dass eine Singular-Succession bei der Obligation eine Unmöglichkeit sei, dass man es bei der Schuldübertragung geradeso wie bei der Forderungsübertragung mit einem echt römischen Geschäfte zu thun habe. Seit Delbrücks Schrift aber gelangt die Anschauung zur Herrschaft, dass eine Passiv-Succession wohl möglich sei.

Delbrück ist der erste, der davon ausgeht, dass hier ein neues selbstständiges Institut inbetracht kommt, das „deutschem Rechtsbewusstsein entsprossen, dem Kerne deutschen Lebens entwachsen ist“. Delbrück hat nachgewiesen, dass sich in ununterbrochener Entwicklung historisch ein Rechtsinstitut ausgebildet hat, welches, von den römischen Voraussetzungen aus unfassbar, fortwährend unsern Verkehrsverhältnissen entsprechend geübt worden ist, und dass darin eine Grunddifferenz unserer und der römischen Auffassung konstatiert ist, der nur noch der wissenschaftliche Abschluss gefehlt.

1) Schuldverhältnisse I, § 277.

2) Windscheid in krit. Übersicht I, S. 27.

Das ist nunmehr der gemeinsame Gedanke fast aller Theorien über die Passiv-Succession: nicht im römischen Rechte ist die Konstruktion des Rechtsgeschäftes der echten Schuldübernahme zu suchen, sondern deutsche Rechtsgrundsätze müssen die Quelle für dieselbe sein. — Noch freilich zählen auch die alten Lehren Anhänger. Viele Juristen stehen heute noch dem Gedanken, dass hier römisches Recht nicht oder erst in zweiter Linie am Platze sei, ablehnend gegenüber. Ja, manche sind in ihren Konstruktionsversuchen dazu gekommen, dem römischen Rechte Grundsätze zuzuschreiben, die dem innersten Wesen desselben widerstreben. Nichtsdestoweniger hat sich die Überzeugung, dass hier römisches Recht nicht ausreiche, Bahn gebrochen und ist die vorherrschende geworden.

Der Streit über die Passiv-Succession, der bewusst erst geführt wird seit dem Entstehen der Delbrückschen Theorie, hat die Juristenwelt in zwei feindliche Lager getrennt. In dem einen hält man an dem Grundsatz der Unübertragbarkeit der Schuld fest, in dem andern vertritt man mit gleichem Eifer die Möglichkeit einer Passiv-Succession.

Die Theorie Delbrücks selbst nimmt in diesem Widerstreite eine vermittelnde Stellung ein. Auch sie behauptet die Möglichkeit einer Singular-Succession in die Schuld, aber zugleich will sie den Grundsatz der Unübertragbarkeit für die Obligation als solche gewahrt wissen.

Demgemäss gliedert sich die folgende Prüfung der Theorien in drei Abschnitte. Der erste ist der Betrachtung der Theorien gewidmet, welche die Passiv-Succession leugnen, der zweite hat die Delbrücksche Theorie zum Gegenstande, der dritte beschäftigt sich mit den Theorien, welche die Passiv-Succesion lehren.

Erster Abschnitt.

**Theorieen, deren gemeinsamer Grundgedanke ist:
es giebt keine Passiv-Succession.**

Erstes Kapitel.

Kuntzes Theorie der Zweigobligation. § 4.

Zu den Theorieen, welche die Möglichkeit einer Passiv-Succession ausdrücklich verneinen, dabei aber dem Verkehr einen Ersatz für diese Unmöglichkeit bieten wollen, gehört in erster Linie die jetzt von ihrem Urheber aufgegeben¹⁾ Theorie der Zweigobligation von Kuntze²⁾.

Der Gedankengang dieser Theorie ist folgender.

I. 'Der Verkehr bedürfe einer Rechtsfigur, durch welche der Vermögensstoff der Schuld, wie er in der ursprünglichen Obligation fixiert sei, auf den Nachfolger hinübergeleitet werde, ohne dass Einreden und Nebenrechte ihren Untergang fänden³⁾.

Das alleinige Mittel, um diesen Erfolg zu erzielen, sei die Entstehung einer derivativen Korrealobligation in der Person des Übernehmers⁴⁾.

Der auf die Übertragung der Schuld gerichtete Rechtsakt erzeuge nämlich ohne weiteres aus der Person des Urschuldners in der Person des Übernehmers eine korreale

1) Die Betrachtung der Theorie an dieser Stelle rechtfertigt sich aus der Erwägung, dass es der Zweck der Untersuchung ist, den Verlauf des Streites über die Passiv-Succession in vollständiger Weise klarzulegen, und dass Kuntzes Theorie zu denen gehört, die am meisten die Aufmerksamkeit der wissenschaftlichen Welt wachgerufen haben. Gerade in dem vergeblichen Bemühen Kuntzes, eine Ersatzkonstruktion zu finden, liegt ein Beweis für Notwendigkeit und Möglichkeit der Passiv-Succession.

2) Kuntze, Obligation und Singular-Succession, 1856.

3) a. a. O. S. 330. 4) S. 332—337.

Zweigobligation. Der Urschuldner bleibe dabei verpflichtet wie zuvor.

Benachrichtigung des Gläubigers sei unnötig und ohne Einfluss. Anerkennung der Schuldübernahme seitens des Gläubigers könne eine nach der Absicht des Gläubigers verschiedene Entlastung des Urschuldners bezwecken: entweder eine blosse Schwächung seiner Verpflichtung, sodass keine wesentliche Änderung eintrete, oder Tilgung derselben in der Art der Delegation mit Novationswirkung.

Der Übernehmer müsse dem Urschuldner dafür einstehen, dass er nicht in Anspruch genommen werde.

II. Eine Übertragung der Schuld im Wege der Singular-Succession sei ausgeschlossen, weil die Obligation ihrer Natur nach unübertragbar sei¹⁾.

1. Mit der Obligation nämlich gehe ihr Objekt unter. Ihr Objekt sei eine aus dem Freiheitsgebiete des Schuldners ausgeschiedene Handlung, die erst Existenz gewinne durch die Konstituierung der Obligation selbst. Die Obligation hebe diese Handlung aus dem unbegrenzten Gebiete der Möglichkeiten, in dem die Thätigkeit des Individuums sich äussern könne, zum individuellen Dasein empor. Höre die Obligation auf, so falle auch die ausgeschiedene Handlung, ihr Objekt, wieder in jenes unbegrenzte Gebiet der Möglichkeiten zurück und schliesse ihr Dasein.

2. Nun verlange aber der Begriff der Singular-Succession Fortdauer des Rechtsobjektes²⁾. Denn darin bestehe das Wesen der Singular-Succession, dass der zum Inhalt eines konkreten Rechtsverhältnisses verwandte Rechtsstoff nun für ein anderes Rechtsverhältnis verwendet, gleichsam in ein folgendes Rechtsverhältnis herübergenommen werde. Identität des Rechtsstoffes, nicht diejenige des Rechtsverhältnisses mache das Wesen der Singular-Succession aus. Ihre Merkmale seien: Abhängigkeit des

1) S. 73—77. 2) S. 60—63.

neuen Rechtes von dem Wurzelrechte nach seinem Bestande, nach seinem Umfange und seiner Qualität, Unmittelbarkeit des Zeitanschlusses, Einerleiheit des Rechtsobjektes, welch letzteres die notwendige Kontinuität erhalte'. —

Den letzten Grund für die Unübertragbarkeit der Obligation entnimmt Kuntze dem Begriffe der Singular-Succession.

1. Er hält die herrschende Ansicht vor allem deshalb für unrichtig, 'weil ein Rechtsverhältnis überhaupt nicht von seinem Subjekte getrennt werden könne. Vielmehr sei das Ende des Rechtsverhältnisses in einer Person das Ende desselben überhaupt. Demgemäss könne auch bei der Singular-Succession das Rechtsverhältnis des Auktors nicht auf den Successor übergehen, es müsse vielmehr notwendig untergehen'. —

Was Kuntze behauptet, ist richtig für solche Rechte, welche an die konkrete Individualität ihres Trägers geknüpft sind. Solche Rechte bilden aber die Ausnahme. Lässt sich auch darüber streiten, ob ein Recht ganz ohne Träger bestehen kann, sicher ist, dass das Recht in der Regel nicht an die bestimmte Person seines Trägers geknüpft ist, sondern dass es genügend ist, wenn es überhaupt einen Träger hat. Bei der Übertragung im Wege der Singular-Succession ist das Recht keinen Augenblick ohne Träger. Der Augenblick, in dem es von dem Auktor sich ablöst, fällt zusammen mit demjenigen, in welchem es auf den Successor übergeht.

Der Vorwurf, den Kuntze der herrschenden Lehre von der Singular-Succession macht, ist demnach unbegründet.

2. Kuntze selbst sucht das Wesen der Singular-Succession darin, 'dass das Recht, welches der Successor habe, zwar ein neues, aber ein aus dem Stoffe des Rechtes des Auktors erzeugtes, hervorgewachsenes Recht sei'. —

Die herrschende Ansicht lautet: Das Recht geht unverändert über, nur die Person des Inhabers hat gewechselt.

Diese Identität soll nicht in dem Sinne genommen werden, dass das Recht des Auktors das Recht des Successors ist. Denn solange das Recht bei dem Auktor ist, ist es eben das Recht des Auktors, und wenn es bei dem Successor ist, so ist es eben das Recht des Successors und nicht mehr das Recht des Auktors. Insofern ist die Ausdrucksweise von Kuntze präziser.

Das Wesen der Singular-Succession besteht darin, dass in dem Rechte des Successors dieselbe rechtliche Kraft, dieselbe rechtliche Substanz wirkt wie in dem Rechte des Auktors. In derselben Weise fasst auch Kuntze¹⁾ das Verhältnis beider Rechte auf. Aber er will das Recht des Successors als ein von dem Rechte des Auktors „abgeleitetes“ bezeichnen, während man es sonst ein „übertragenes“ Recht zu nennen pflegt. Demgemäss handelt es sich um eine Frage des Ausdrucks: Ist, um das Wesen der Singular-Succession zu bezeichnen, es treffender und richtiger, zu sagen: „das Recht geht über“, oder: „aus dem Stoffe des Rechtes des Auktors wird das Recht des Successors abgeleitet“? Darf man noch von „Recht“ reden, wo nur mehr der „Stoff“ desselben vorhanden ist, oder nicht?

Zum Beweise für seine Bestimmung der Singular-Succession beruft Kuntze²⁾ sich auf die Redeweise der Quellen. „Die Universal-Succession werde bezeichnet mit den Worten ‘succedere in ius’, die Singular-Succession mit den Worten ‘succedere in rem’. Der Zusammenhang beider Begriffe sei ein rein äusserlicher. Dass Gegenstand der Singular-Succession nicht das Recht, sondern der Stoff, die Sache sei, gehe deutlich hervor aus der Redeweise ‘succedere in rem’, ‘transferre rem’. Wenn es auch in den

1) S. 60. 61. 2) S. 67—72.

Quellen heisse: 'succedere in dominium', 'transferre dominium', so könne das nur bedeuten die Ableitung des Rechtes des Successors von demjenigen des Auktors. In entsprechender Weise heisse es auch 'transferre possessionem', und hier sei doch zweifellos der Besitz des Empfängers ein anderer als derjenige des Gebers“. —

Wenn auch die Quellen die Universal-Succession mit den Worten 'succedere in ius', die Singular-Succession mit den Worten 'succedere in rem' bezeichnen, so ist doch sicher, dass sie damit nicht sagen wollen, die Singular-Succession sei keine Nachfolge in ein Recht.

Ähnliche Gegenüberstellungen finden sich noch mehr in den Quellen. So bei dem Eigentum und den dinglichen Rechten. In l. 30 D. de nox. act. 9, 4 heisst es: '... sive domini sint, sive aliquid in ea re ius habeant, ...?', ebenso in l. 19 pr. D. de damno inf. 39, 2. Auch hier soll diese Gegenüberstellung doch sicherlich nicht bedeuten, das Eigentum sei kein Recht. In l. 14 pr. D. ut leg. 36, 3 steht das einzelne ius im Gegensatze zur Gesamtheit der Rechte: '... sive res aliqua, sive hereditas, sive ius aliquod relictum est'. Gerade so in den Stellen, auf welche Kuntze sich stützt, das Einzelrecht im Gegensatze zu der Gesamtheit der Rechte eines Verstorbenen: l. 9 § 1 D. de edendo 2, 13; l. 3 pr. D. de bon. poss. 37, 1. In l. 37 D. de adq. vel om. her. 29, 2 heisst es: 'heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, ...?', in l. 177 pr. D. de div. reg. iur. 50, 17 sogar: '... qui in ius dominiumve alterius succedit?'

In demselben Sinne, in dem in diesen Stellen das Eigentum dem dinglichen Rechte, das Einzelrecht der Gesamtheit der Rechte gegenübergestellt wird, werden auch Universal- und Singular-Succession einander entgegengehalten, ohne dass damit ein Gegensatz bezeichnet werden soll.

Auch die Wendung 'succedere in rem', 'transferre

rem' beweist nicht das, was Kuntze mit ihr beweisen will, dass nämlich der Gegenstand der Singular-Succession nicht das Recht, sondern der Stoff, die Sache sei. Gerade wie auch in unserer Sprache das Eigentum mit seinem Gegenstande oft identifiziert wird, und man bloß die Sache nennt, wo man das Eigentumsrecht an derselben im Sinne hat, so steht auch in den Quellen 'res' oft für 'dominium rei', 'rem habere' für 'dominium rei habere', so z. B. l. 18 § 2 D. de her. pet. 5, 3: '. . . res hereditatis . . ., sive iura, sive corpora sint'. — Wäre dies aber auch nicht der Fall, so kann trotzdem Kuntze jener Wendung keinen Beweis entnehmen. Soll wirklich die Sache Objekt der Singular-Succession sein, so muss man den Begriff der Singular-Succession dahin erweitern, dass auch der Usukapient Successor wird. Denn auch er folgt in der Sache dem früheren Eigentümer nach. Für den Begriff der Singular-Succession verlangen wir mehr als ein Ableiten im Sinne einer blossen zeitlichen Aufeinanderfolge. Bei der Ersitzung genügt das, aber bei dieser, wie überhaupt bei dem selbstständigen originären Erwerbe, sprechen wir auch nicht mehr von einer Singular-Succession. Daher reicht auch für die Wendung 'succedere in dominium' die Annahme eines blossen Ableitens des Eigentumsrechtes, eines Setzens des späteren Eigentumsrechtes an Stelle des früheren nicht aus. Die, wie Kuntze selbst sagt, ungenaue Wendung 'transferre dominium' lässt sich allerdings im Sinne einer blossen Ableitung deuten, jedenfalls ist dies nicht angängig bei dem Ausdrücke 'succedere in dominium'.

Wenn man daher von einem blossen Ableiten, Emporwachsen des Rechtes des Successors aus demjenigen des Auktors reden will, so trifft diese Bezeichnung das Wesen der Singular-Succession nicht und ist nur geeignet, Unklarheit zu bewirken.

Noch grösser wird diese Unklarheit durch die Erklärung, welche Kuntzes Theorie inbetreff des Rechts-

stoffes giebt. 'Rechtsstoff' nennt Kuntze¹⁾ „die durch das Vorhandensein von Rechtssubjekten und Rechtsobjekten gegebene Möglichkeit konkreter Rechtsverhältnisse, in Beziehung zu der wirklichen Erscheinung gedacht“. —

Die blosse Möglichkeit zu einer bestimmt charakterisierten Befugnis kann Kuntze nicht unter seinem Rechtsstoffe verstanden haben, er muss vielmehr bei dieser Definition an die individuell bestimmte Befugnis selbst gedacht haben. Denn sonst könnte er nicht zugleich behaupten²⁾, dass das Recht des Successors aus dem Stoffe des Rechtes des Auktors abgeleitet und von ihm abhängig sei; aus einer blossen Möglichkeit lässt sich kein Recht ableiten. Ferner könnte er sonst nicht gleich nach jener Definition von dem Rechtsstoffe reden als von etwas, „um das jeder originäre Erwerb gleichsam das Rechtsgebiet (als die Summe aller konkreten Rechtsverhältnisse) bereichere“. — Eine Bereicherung des Rechtsgebietes durch einen originären Rechtserwerb setzt doch voraus, dass die blosse Möglichkeit der Entstehung des Rechtes sich zur konkreten Herrschaft verwirklicht hat³⁾.

Soll nun der Rechtsstoff im Sinne Kuntzes die in einem Rechte vorhandene bestimmt charakterisierte Herrschaft sein, so folgt daraus, dass dieser Rechtsstoff nicht das Rechtsverhältnis selbst überdauern kann, sondern mit diesem untergehen muss. Denn wie das entstehende Rechtsverhältnis die Möglichkeit des Rechtsstoffes zur Verwirklichung gelangen lässt, so endet mit dem Rechtsverhältnisse selbst auch die individuelle Existenz des in ihm enthaltenen Rechtstoffes. Daher kann nur dann der Rechtsstoff für ein anderes Verhältnis verwendet werden, wenn auch das Rechtsverhältnis selbst, das ihn zum Inhalte hat, mit übergeht.

Und so ergibt sich für den Begriff der Singular-Succession nach Kuntze die Alternative: entweder Über-

1) S. 60. 2) S. 61. 3) Gürgens S. 226—228.

gang des Rechtsverhältnisses mit dem Rechtsstoffe, oder Verzicht auf eine Verwendung des Rechtsstoffes überhaupt.

3. Wenn Kuntze die Unübertragbarkeit der Obligation deshalb behauptet, weil mit der Obligation zugleich ihr Objekt untergehe, so ist auch das nicht richtig. Kuntze¹⁾ nennt Objekt der Obligation „eine individuell bestimmte Handlung idealer Existenz. Dieselbe habe Existenz nur, insofern sie Rechtsobjekt sei, und höre daher auf, zu existieren, sobald sie aufhöre, Rechtsobjekt zu sein.“ —

Was Kuntze so nennt, ist gar nicht Objekt der Obligation. Die Obligation ist weder eine Herrschaft über eine Handlung noch an einer Handlung, sondern auf eine Handlung, der Wille eines andern ist das Objekt der Obligation²⁾. Ist aber der Wille eines andern Gegenstand der Obligation, so kann man von einem Wegfall des Gegenstandes der Obligation nur insofern reden, als bei der Endigung der Obligation das Recht über den Willen des Schuldners nicht mehr vorhanden, d. h. der Schuldner befreit ist, eine Folge, die in keiner Weise dem Wesen unserer Singular-Succession widerspricht.

4. Um dem Verkehr einen Ersatz zu bieten für die Unmöglichkeit der Übertragung von Forderung oder Schuld, greift Kuntze zu dem Hilfsmittel einer korrealen Zweigobligation, die er dort in dem Cessionar, hier in dem Schuldübernehmer entstehen lässt.

Der beste Beweis für die Ungenauigkeit und Verwirrung inbetreff der Singular-Succession in dieser Theorie ist der, dass bei der Aktiv-Cession Kuntzes Zweigobligation ihn folgerichtig zur Anerkennung der Singular-Succession in die Forderung führt.

1) S. 73, 74.

2) Jetzt beistimmend Kuntze in Endemanns Handbuch. Bd. IV. (Wechselrecht) S. 63.

Er verwirft nämlich auch bei der Cession die Annahme einer Singular-Succession in die Forderung deshalb, 'weil die Obligation nicht von ihrem Subjekte abgehen könne, ohne unterzugehen'¹⁾. Die Art und Weise aber, in welcher er das Verhältnis der Zweigobligation des Cessionars zu der Stammobligation des Cedenten schildert, lässt dieses Verhältnis fast vollkommen identisch erscheinen mit demjenigen, wie wir es bei einer Singular-Succession in die Forderung annehmen.

Schon das Bild, welches Kuntze von der in der Person des Cessionars entstandenen Zweigobligation entwirft, muss die Vermutung nahe legen, dass diese Zweigobligation und die Stammobligation ihrem rechtlichen Leben nach identisch seien. Kuntze²⁾ sagt nämlich: 'Die Zweigobligation habe nicht nur den Vermögensstoff mit der Stammobligation gemeinsam, sondern sie nehme auch teil an der specifischen Verbindung dieser Stammobligation mit der gesamten Rechtssphäre des Schuldners, in der jene eben wurzele. Die Zweigobligation also wurzele mit und mittels ihrer Stammobligation in des Stammschuldners Rechtssphäre. Die Zweigobligation schwebe nicht über der Stammobligation wie der Käfer über dem Blumenkelch, sondern hafte unablöslich an ihr, nehme vermöge dieses Zusammenhanges an allen Momenten teil, welche auf die Stammobligation unmittelbar oder mittelbar einwirken, sei civilistisch durchaus nach der Stammobligation, gleichsam aus deren Seele, Atmosphäre und Boden-Umgebung heraus zu beurteilen und zu bestimmen.' — Mehr ist auch nicht notwendig für die Identität des Forderungsrechtes, wie wir sie bei einer Singular-Succession verlangen.

Der Unterschied, welchen Kuntze zwischen der Stamm- und der Zweigobligation sieht, ist nicht vorhanden. Er behauptet nämlich, 'die Obligation des Cessio-

1) S. 76. 2) S. 358.

nars gehe auf eine andere Handlung als die Obligation des Cedenten, also auf verschiedene Objekte, freilich auf denselben Vermögensstoff.' 'Vermögensstoff' nennt Kuntze¹ den Inhalt der obligatorischen Leistung. —

Hat die Handlung, auf welche die Obligation des Cedenten geht, denselben Vermögensstoff, denselben Inhalt wie die Handlung, auf welche die Obligation des Cessionars geht, so sind es eben Handlungen derselben Art. Da nun aber Objekt der Obligation nicht eine individuell, sondern eine bloß generisch bestimmte Handlung ist, so ist ein Unterschied zwischen den Objekten der Obligation des Cedenten und derjenigen des Cessionars nicht vorhanden.

Ein Hauptbeweis dafür, dass Kuntze bei der Cession eine Singular-Succession anerkennt, ist die Thatsache, dass er dem Cessionar eine wirkliche Gläubigerschaft zuerkennt²). Kuntze verzichtet damit auf seinen Grundsatz, dass die Obligation nicht von ihrem Subjekte abgehen könne, ohne unterzugehen. Denn wenn der Cessionar wirklicher Gläubiger geworden ist, so ist die Obligation doch von ihrem Subjekte, dem Cedenten, abgegangen. Dem widerspricht nicht, dass Kuntze auch den Cedenten Gläubiger bleiben lässt. Denn er beraubt diese Gläubigerschaft des Cedenten jeglicher Wirksamkeit, der Gläubiger hat kein Recht, über seine Obligation zu verfügen, sie ist gänzlich inhaltlos³).

Kuntze giebt also thatsächlich eine Singular-Succession in die Forderung zu, wenn er auch das Verhältnis beider Rechte zu einander scheinbar abweichend erklärt. Er kommt zu demselben Ergebnisse, welches die Unterstellung einer Singular-Succession mit sich bringt: dasselbe Recht, welches vor der Cession dem Cedenten zustand, steht nach der Cession dem Cessionar zu, für den Gläubiger ist es ein inhaltloses Recht geworden, d. h. für ihn ist es so gut wie gar nicht mehr vorhanden.

1) S. 139. 2) S. 240. 359. 3) S. 360. 361.

Aus der Anerkennung der Singular-Succession in die Forderung folgt zwar noch nicht ohne weiteres auch die Anerkennung einer Singular-Succession in die Schuld. Man könnte immer noch einwenden, die Forderung sei etwas anderes als die Schuld. Thatsächlich lässt Kuntze auch bei seiner Schuldübernahme die Stammobligation nicht absterben, sondern der Urschuldner fährt fort, zu haften.

Jedenfalls aber ist der Ersatz, den Kuntzes Theorie dem Verkehr in der Zweigobligation giebt, dem Bedürfnisse desselben nicht genügend.

Denn diese Konstruktion mit Hülfe der Zweigobligation entspricht gar nicht dem Willen der Parteien. Sie wollen gewiss, wie Kuntze¹⁾ selbst sagt, den Vermögensstoff der Schuld mit Nebenrechten und Einreden übertragen, aber der Urschuldner soll dabei auch von seiner Haftung frei werden. Beides zusammen lässt sich aber nur erreichen durch die Annahme einer Passiv-Succession, denn bei der Novation wird der Urschuldner zwar frei, aber die alte Schuld geht auch unter, und eine neue tritt an ihre Stelle.

Ebensowenig dürfte der Parteiabsicht die ausserordentliche Steigerung der Macht des Gläubigers entsprechen, wie Kuntzes Theorie sie mit sich bringt²⁾. Von dem Gläubiger, von dem Sinne, den er mit der Anerkennung der Schuldübernahme verbindet, soll es abhängen, ob der Übernehmer accessorischer Korrealschuldner werde, oder ob er als Delegat gelten solle. Bei der kumulativen Schuldübernahme, über welche Kuntze ja gar nicht hinauskommt, ist aber ohnehin die Machtsphäre des Gläubigers schon dadurch bedeutend erweitert, dass er zwei Schuldner nebeneinander erhält. Bei derselben wird doch zunächst darauf zu sehen sein, inwieweit der Übernehmer überhaupt den Willen hat, dem Gläubiger unter

1) S. 330. 2) S. 334.

gleichzeitiger Entlastung des Urschuldners verpflichtet zu werden.

Dass Kuntze den Übernehmer zu einer positiven Handlung nicht verpflichtet, sondern ihn bloß regresspflichtig werden lässt, falls der Urschuldner den Gläubiger befriedigen musste¹⁾, ist wenigstens von seinem Standpunkte aus folgerichtig, da er in dem Übernahmevertrage einen Realakt ähnlich der Cession findet, in dem die Parteien die Stellung haben wie nach erfülltem Kontrakte. Eine andere Frage ist freilich, inwieweit überhaupt diese Auffassung des Übernahmevertrages als berechtigt angesehen werden darf²⁾. —

Auf dem Wege, den Kuntze gewählt, lässt sich demnach das Ziel nicht erreichen, welches die Parteien bei einer Passiv-Succession im Auge haben. Mit Recht sagt Menzel³⁾ von Kuntzes Zweigobligation: „Sie ist nichts als ein Bild für die kumulative Verpflichtung des Übernehmers, gewährt aber dabei für dieselbe keine juristische Erklärung.“

Kuntze⁴⁾ selbst hat sich der Überzeugung nicht verschlossen, dass der Ersatz, den er dem Verkehr an Stelle einer Passiv-Succession geben wollte, dem Bedürfnisse desselben nicht genügt. Seine heutige Lehre geht dahin, dass eine Aktiv- und Passiv-Succession wohl möglich sei, dass an Stelle des alten Gläubigers ein neuer Gläubiger, an Stelle des alten Schuldners ein neuer Schuldner treten könne, ohne dass der objektive Bestand der Obligation von diesem Wechsel beeinflusst würde.

1) S. 335.

2) Vergl. unten S. 30, 31. S. 47, 48.

3) Zeitschrift f. d. Privat- u. öff. Recht der Gegenwart, Bd. XI, S. 585.

4) Kuntze (Endemanns Handbuch) S. 83—85.

Zweites Kapitel.

Theorieen, welche die Passiv-Succession durch Konstruktion mit Hülfe der Verträge zu Gunsten dritter zu ersetzen versuchen.

I. Bährs Theorie der stillschweigenden Ermächtigung. § 5.

In anderer Weise versucht die Theorie von Bähr der Forderung des Verkehrs zu entsprechen.

A. Bähr gehört zu denjenigen, welche die Möglichkeit einer Aktiv-Succession verteidigen, die einer Passiv-Succession rückhaltlos verwerfen. Er sagt von jener¹⁾: „Ich vertrete auch mit Entschiedenheit die Ansicht, dass die Cession wirklich einen Akt der Vermögensübertragung bildet“, und von dieser²⁾: „Sie ist ein juristisch unmöglicher Gedanke.“

Aber er erkennt an, dass es Verkehrsgeschäfte gebe, bei denen die Schuldübernahme praktisch in umgekehrter Richtung eine ähnliche Rolle spiele, wie die Cession. Sie diene nämlich dazu, eine Art passiver Übertragung der Obligation zu erzielen, und in diesem Sinne könne sie als eine passive Cession bezeichnet werden.

B. Da Bähr indessen die Konstruktion einer Passiv-Succession für ausgeschlossen hält, versucht er eine andere unter Zuhülfenahme des von ihm aufgestellten Begriffes der *pacta in favorem tertii*, in folgender Weise³⁾:

„Die in einem Vertrage vorkommende Schuldübernahme oder Schuldüberweisung sei nicht Zahlung, Erfüllung dieses Vertrages, sondern ein Schuldversprechen, ein Stück der kraft des Vertrages eingegangenen Obligation,

1) Bähr in Jahrb. f. Dogmatik, Bd. VI, S. 171.

2) Bähr in Krit. Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft, B. XXX, S. 369.

3) Jahrb. f. Dogmatik, Bd. VI, S. 172 fg.; Bähr Urtheile des Reichsgerichtes mit Besprechungen, S. 70 fg.

zunächst ein einfaches Zahlungsversprechen, welches vorerst nur dem Urschuldner eine Klage gegen den Schuldübernehmer gebe.

Aber in dem Schuldübernahmevertrage liege auch eine durch den Urschuldner dem Gläubiger stillschweigend erteilte Ermächtigung, seinen, des Urschuldners, Anspruch gegen den Übernehmer als sein Ausübungsbevollmächtigter (*procurator in rem suam*) mit Hülfe einer *actio utilis* geltend zu machen.

Der Übernahmevertrag erzeuge also zwei Forderungen.

Das Klagerecht des Gläubigers bestimme sich in bezug auf seinen Umfang nach der eignen Forderung des Gläubigers an den Urschuldner. Da er nur auf Grund des Rechtes des Urschuldners klage, so sei sein Klagerecht durch die Forderung des Urschuldners gegen den Übernehmer charakterisiert. Insbesondere habe der letztere Einreden aus seinem Verhältnisse zu dem Urschuldner auch gegen den Gläubiger. Unwiderruflich werde das Recht des Gläubigers erst durch Cession oder Zahlungsverprechen. Dass diese beiden Rechtsgeschäfte unter diesen formellen Namen abgeschlossen würden, sei nicht nötig; sie lägen in jedem Vertrage, dessen erkennbare Absicht dahin gehe, den Schuldübergang auch gegenüber dem Gläubiger zu einem vollendeten zu machen.

In der Benachrichtigung des Gläubigers von dem Übernahmevertrage liege, je nachdem diese Benachrichtigung von dem Urschuldner oder von dem Übernehmer ausgehe, das Angebot einer Cession oder Expromission. Die Genehmigung des Gläubigers mache diese Rechtsgeschäfte perfekt.¹⁾

- I. Über die juristische Unmöglichkeit des Gedankens einer Passiv-Succession erklärt Bähr¹⁾ sich in fol-

1) Jahrb. f. Dogmatik Bd. VI, S. 171, 172; Arch. f. d. civil. Praxis Bd. LXVII, S. 183, 184.

gender Weise: 'Der Versuch, eine solche zu konstruieren würde theoretisch mit unserer gesamten Rechtsbildung in Widerspruch treten und praktisch zu der grössten Verwirrung führen. Denn die Hindernisse, die sich demselben entgegenstellten, seien nicht in der besonderen geschichtlichen Gestaltung des römischen Obligationenrechts, sondern in der ewigen Natur der Dinge begründet. Die Natur der Schuld als eines negativen Vermögensobjektes mache eine Singular-Succession in dieselbe unmöglich, — „einen Haufen kann man verschieben von einer Stelle zur andern, ein Loch aber kann man nicht verschieben, sondern man kann daneben nur ein neues graben und das gewonnene Material zur Ausfüllung des ersteren benutzen“¹⁾. — Auch könne man die Schuld, eine Verpflichtung, nicht einseitig von sich abwälzen. Anders die Forderung, sie sei ein Recht und auf Rechte könne man zu Gunsten eines andern verzichten.' —

Das unüberwindliche Hindernis für die Möglichkeit einer Passiv-Succession sieht Bähr demnach in der Natur der Schuld als eines negativen Vermögensobjektes. — Der Vergleich der Schuld mit einem Loche mag für die ursprüngliche Auffassung zutreffen, heute trifft er m. E. nicht mehr zu. An sich bedeutet die Schuld gewiss ein Minus in dem Vermögen, sie ist ein negativer Vermögensfaktor, aber darum nicht weniger ein Vermögensfaktor. Der Gesichtspunkt eines negativen Vermögensfaktors ist unseren heutigen Anschauungen fremd geworden. Der heutige Verkehr mit Forderungen und Schulden behandelt die Schulden ebenso wie die Forderungen als Gegenstände des Verkehrs, fast in einer den Sachgütern analogen Weise. In den Wertpapieren findet diese Auffassung heute den bezeichnendsten Ausdruck, wie sie ihn im älteren Rechte in dem Institute der sog. fundierten Schulden gefunden hat. Insoweit kann in dem Begriffe der Schuld

1) Jahrb. f. Dogmatik Bd. VI, S. 172, N. 34.

als solcher ein Grund für die Ausschliessung einer Passiv-Succession nicht gefunden werden.

Allerdings ist zuzugeben, dass die Versuche der Konstruktion einer Passiv-Succession manche Streitfragen mit sich bringen und infolgedessen eine Verwirrung in der Praxis zur Folge haben können. Aber was von jedem derartigen Streite gilt, gilt auch von diesem: eine einheitliche gesetzliche Regelung wird der Praxis die Wege zeigen, die sie zu wandeln hat. In der wissenschaftlichen Welt hat sich jetzt bereits der Gedanke der Passiv-Succession siegreich Bahn gebrochen, der Grundsatz der Übertragbarkeit der Schuld ist grossenteils anerkannt, nur in der Konstruktion gehen die Wege noch auseinander.

Auch das ist richtig, dass die Schuld eine Verpflichtung ist, die man nicht einseitig von sich abwälzen kann. Forderung und Schuld stehen insofern in einem Gegensatze zu einander: „über die Möglichkeit ist man Herr, von der Notwendigkeit wird man beherrscht“¹⁾. Deshalb ist die Mitwirkung des Gläubigers zur Übertragung der Schuld ebenso notwendig, als diejenige des Urschuldners es nicht ist. Aber es ist nicht abzusehen, weshalb die nötige Mitwirkung des Gläubigers der begrifflichen Möglichkeit einer Singular-Succession in die Schuld im Wege stehen sollte.

II. Prüft man die Konstruktion, welche Bährs Theorie aufstellt, um der anerkannten Notwendigkeit einer Art passiver Übertragung der Obligation zu genügen, so lassen sich gegen dieselbe mehrfach Einwendungen erheben.

1. Schon an sich hat die Verwertung des Begriffes der Verträge zu Gunsten dritter, der selbst noch Gegenstand einer Reihe von Streitfragen ist, bei der rechtlichen Gestaltung eines Geschäftes, das ebenfalls der Mittelpunkt

1) Bruns in v. Holtzendorffs Encykl. d. R. I (5. Aufl. 1890) § 65.

eines wissenschaftlichen Streites ist, ihr Missliches. — Bähr selbst geht bei dem Begriffe der Verträge zu Gunsten dritter seine eignen Wege. Er bestimmt diesen Begriff dahin¹⁾: „es sind Verträge, durch welche jemand eine Leistung sich ausbedingt, die er durch den Vertrag selbst dem dritten zuweist.“ Dem dritten giebt Bähr ein Klagerecht in allen Fällen, in denen der Bestimmungsgrund des Versprechers zu Gunsten des dritten aus dem Verhältnisse des Versprechenden zum Versprechensempfänger hergenommen ist²⁾. — Diese weite Ausdehnung des Klagrechtes des dritten ermöglicht eine Anwendung des Begriffes auf Fälle, für welche eine gewohnheitsrechtliche Geltung der *pacta in favorem tertii* sich nicht nachweisen lassen wird.

Eine genauere Erörterung der Bährschen Ansicht über diese Vertragskategorie als solche liegt nicht in dem Plane dieser Untersuchung. Nur soviel sei bemerkt, dass diese Auffassung mit der Parteiabsicht bei diesen Verträgen m. E. sich nicht vereinbaren lässt. Der dritte soll doch ein selbstständiges Recht haben, nicht das Recht des Versprechensempfängers. Ferner ist keineswegs notwendig, dass letzterer hier überhaupt auch für sich ein Recht erwerbe, das hängt ganz von der Parteiabsicht ab³⁾.

Hier handelt es sich darum, zu prüfen, inwieweit diese seine Theorie Bähr bei der Konstruktion des Ersatzmittels für die Passiv-Succession zum Ziele führt.

2. Die Konstruktion selbst erweckt in mehrfacher Beziehung Bedenken.

Bähr sieht in der Schuldübernahme einen einfachen Vertrag, in welchem der Übernehmer dem Urschuldner sich verpflichtet, an den dritten, den Gläubiger, Zahlung zu leisten, eine Zahlungsanweisung. — Ist das wahr, dann kann der Übernehmer gegen die Klage des Urschuldners

1) Archiv f. d. civil. Praxis Bd. LXVII, S. 160.

2) Jahrb. f. Dogmatik Bd. VI, S. 146, 154; Urteile S. 85.

3) Windscheid, Pand. II, § 316a.

auf Zahlung an den Gläubiger die Compensationseinrede aus einer Gegenforderung, die er, der Übernehmer, an den Urschuldner hat, geltend machen, weil eben der Urschuldner noch immer Gläubiger des Übernehmers ist. Dadurch wird er seiner Verpflichtung gegenüber dem Urschuldner und damit auch gegenüber dem Gläubiger ledig, indem der letztere nach Bähr bloß das Recht des Urschuldners verfolgt. Die Möglichkeit dieser Compensationseinrede vereitelt aber den Hauptzweck des Geschäftes, Begründung eines Klagrechtes des Gläubigers gegen den Übernehmer.

Bähr¹⁾ verweigert zwar dem Übernehmer diese Compensationseinrede, weil er auf diese Weise statt an den dritten, den Gläubiger, an den Urschuldner selbst zahle. Das brauche sich aber der Urschuldner und folgeweise auch der dritte nicht gefallen zu lassen. — Das ist irrig. Denn der Übernehmer ist immer der Schuldner des Urschuldners und kann als solcher selbst gegen dessen Willen kompensieren²⁾, und damit auch gegen den Willen des dritten, des Gläubigers. Denn der letztere ist ja nach Bähr nur *procurator in rem suam* des Urschuldners.

Eine Cession von Seiten des Urschuldners an den Gläubiger, welche das Recht zum Gegenstande hat, das dem Urschuldner gegen den Übernehmer zusteht, kann möglicherweise den wirtschaftlichen Erfolg, den die Parteien bei der Schuldübernahme überhaupt beabsichtigen, nämlich die Entlastung des Urschuldners herbeiführen. Der Urschuldner kann mit dem Gläubiger vereinbaren, dass der Gläubiger ihn seiner Verpflichtung entlasse gegen Cession eines Forderungsrechtes des Urschuldners.

Bei der successiven Schuldübernahme aber ist die Unterstellung einer Cession nicht durchführbar.

Einmal wollen die Parteien bei der echten Schuld-

1) Jahrb. f. Dogmatik, Bd. VI, S. 155; Archiv f. d. civil. Praxis, Bd. LXVII, S. 175.

2) l. 8 pr. D. de doli m. exc. 44, 4.

übernahme gar keine Cession, eine solche Annahme heisst dem Parteiwillen Gewalt anthun. Der Urschuldner denkt gar nicht daran, dem Gläubiger eine stillschweigende Ermächtigung im Wege einer Cession zu erteilen, und der Übernehmer will eben durch die Übernahme Schuldner werden, nicht durch einen derselben ganz fremden Akt. Schon die eine Konsequenz, dass der Übernehmer gegen den Gläubiger dann die Einreden des Urschuldners nicht geltend machen kann, dass sich aber der Gläubiger die Einreden aus dem Verhältnisse des Übernehmers zum Urschuldner gefallen lassen muss, lässt diese Annahme als eine mit den Anschauungen und Bedürfnissen des Verkehrs im Widerspruch stehende erscheinen¹⁾. Was wäre das für eine *actio utilis* für den Gläubiger, behaftet mit Einreden aus einem ihm ganz fremden Verhältnisse! Nach B ä h r²⁾ soll das zwar nicht für den Fall gelten, in welchem der Urschuldner durch ein Zahlungsversprechen des Übernehmers an den Gläubiger von jeder Haftung frei geworden ist, sondern nur für die Zeit, die B ä h r das primitive Stadium der Schuldübernahme nennt, wo nur die Vereinbarung zwischen Urschuldner und Übernehmer vorliegt. Aber trotzdem hat diese *actio utilis* des Gläubigers nicht weniger ihr Bedenkliches. Gewiss, der Gläubiger hat ja in diesem Stadium noch seine persönliche Klage gegen den Urschuldner und möglicherweise die *actio hypothecaria* gegen den Übernehmer. Er bekommt nun noch zu diesen Klagen jene *actio utilis*, sodass eine Gefährdung seiner Interessen nicht zu befürchten ist. Die Thatsache aber bleibt immer noch, dass die *actio utilis* bekämpft werden kann mit Einreden aus einem dem Gläubiger gänzlich unbekannten Rechtsverhältnisse. Auch der Ausweg, den B ä h r dem Gläubiger anrät, um sich von diesen Einreden zu befreien, — er soll sich von dem Überneh-

1) Menzel in Zeitschrift f. das Privat- u. öffentl. Recht d. Gegenwart, Bd. XI, S. 592.

2) Archiv f. d. civil. Praxis, Bd. LXVII, S. 184, 185.

mer ein selbstständiges Zahlungsversprechen geben lassen, — ist nicht dazu angethan, die ohnehin verwickelte und unnatürliche Sachlage zu vereinfachen¹⁾.

Die Parteien haben also bei dem Schuldübernahmevertrage nicht die Absicht einer Cession. Aber wäre auch der Wille, zu cedieren, vorhanden, so wäre trotzdem die Möglichkeit einer Cession ausgeschlossen aus zwei Gründen: einmal, weil oft das cessible Recht fehlt, sodann, weil die Parteien die Absicht haben, dem Gläubiger gegen den Übernehmer das Recht zu verschaffen, welches er gegen den Urschuldner hat, das ist aber im Wege einer Cession nicht möglich.

Oft fehlt das cessible Recht.

M. E. ist es eine Auslegungsfrage, welchen Inhalt das Recht des Urschuldners gegen den Übernehmer hat.

Regelmässig giebt der Übernehmer nicht ein nacktes Zahlungsversprechen ab. Hat aber der Urschuldner gegen den Übernehmer selbst kein Recht auf Zahlung, so kann er auch dem Gläubiger kein Recht auf Zahlung cedieren.

Nehmen wir mit B ä h r an, der Urschuldner erhält wirklich ein Recht auf Zahlung gegen den Übernehmer. — Solange dieses Recht vorhanden ist, kann es allerdings an den Gläubiger cediert werden. Wie lange aber das Recht vorhanden ist, hängt von der Beantwortung der Frage ab: „inwieweit wirkt Übernahme wie Zahlung?“ Denn wirkt die Übernahme wie Zahlung, so ist mit Vollendung der Übernahme das Recht des Urschuldners gegen den Übernehmer auf Zahlung getilgt, also eine Cession ausgeschlossen²⁾. — B ä h r scheint den Satz: „Übernahme ist Zahlung“ überhaupt nicht anzuerkennen, und es ist insofern von seinem Standpunkte aus eine Cession möglich. Er sagt nämlich³⁾: „Indem der Übernehmer zahle, tilge er

1) Vergl. Regelsberger in Archiv f. d. civil. Praxis, Bd. LXVII, S. 39, 40; dagegen Bähr, daselbst, S. 184—188.

2) Vergl. oben S. 22; unten S. 47, 48.

3) Urteile S. 86.

damit eine doppelte Schuld, seine eigne an den Urschuldner und die des letzteren an den Gläubiger, und klage der Gläubiger, so mache er ebenfalls zwei Forderungen geltend, seine eigne gegen den Urschuldner und die des letzteren gegen den Übernehmer'. — Welche Verwicklung aber hat diese Erklärung Bäh r s zur Folge im Falle der Übernahme einer Hypothekarschuld in Anrechnung auf den Kaufpreis! Heute erfolgt die Tilgung der Hypothekarschuld vielfach erst, nachdem das Grundstück, auf dem sie lastet, öfters den Eigentümer gewechselt hat. Nach Bäh r würde dann jeder neue Eigentümer, der die Schuld übernimmt, dem Gläubiger bis zur endgiltigen Abtragung verhaftet bleiben. Die Absicht der Parteien geht doch gar nicht darauf, dem Gläubiger so viele Haftende zu verschaffen, sondern dahin, dass der Gläubiger den Urschuldner freigeben und an seiner Stelle den Übernehmer acceptieren soll. Gerade in diesem Falle muss m. E. der Satz: „Übernahme wirkt Zahlung“ Anwendung finden. Dass gerade hier aber auch die Parteien dies wollen, geht aus ihrer regelmässigen Erklärung bei derartigen Geschäften hervor: „Der verbleibende Rest des Kaufpreises ist getilgt durch die Übernahme der auf dem Kaufobjekte ruhenden Hypothek“. In diesem Falle wäre also eine Cession ausgeschlossen.

Eine weitere Möglichkeit ist noch diese, dass der Urschuldner gegen den Übernehmer ein Recht auf Befreiung erhält, ein Recht darauf, dass der Übernehmer an seine Stelle als Schuldner trete, ihn befreie, gleichviel wie. Aber auch dieses Recht kann an den Gläubiger des Urschuldners nicht cediert werden¹⁾.

Wollte man aber auch inbetreff dieser Fälle noch Zweifel hegen, so bleibt immer ein Hindernis für die Cession, das nicht bei Seite geräumt werden kann. In dem Übernahmevertrage wollen die Parteien dem Gläubigen

1) Seufferts Archiv, Bd. XXXVIII, Nr. 24.

gegen den Übernehmer eben dasjenige Recht gewähren, welches der Gläubiger gegen den Urschuldner hatte. Das ist im Wege einer Cession unmöglich, denn das Recht, welches der Gläubiger durch die Cession bekommt, ist immer ein anderes Recht als dasjenige, welches der Gläubiger gegen den Urschuldner hatte. Möglicherweise kann eine inhaltliche Übereinstimmung in beiden Rechten da sein, deshalb bleibt die Verschiedenheit der Rechte selbst bestehen¹⁾.

Entsprechend seiner Ansicht über die Verträge zu Gunsten dritter lässt B ä h r das Recht des Gläubigers gegen den Übernehmer unwiderruflich werden erst mit wirklicher Cession oder wirklichem Zahlungsversprechen seitens des Übernehmers, nicht schon mit der Genehmigung des Schuldübernahmevertrages. Damit tritt B ä h r hier wie dort in Gegensatz zu der richtigen Ansicht über die *pacta in favorem tertii*, die dem Gläubiger, dem *tertius*, schon mit der Genehmigung ein unwiderrufliches Klagrecht giebt. Das letztere allein ist zu rechtfertigen, denn andernfalls würde das ganze Institut, entgegen seiner praktischen Ausbildung, jeden Wert für den Verkehr verlieren²⁾.

Die Notifikation endlich der Schuldübernahme an den Gläubiger soll, jenachdem sie von dem Urschuldner oder dem Übernehmer ausgegangen ist, die Offerte einer Cession oder Expromission enthalten. Indessen es erscheint doch nicht als angängig, diesen rein zufälligen Umstand, der oft lange nach dem Vertragsschlusse eintritt, darüber entscheiden zu lassen, ob der Vertrag auf Cession oder Expromission gerichtet war³⁾. —

Auch B ä h r s Konstruktion einer Schuldübertragung genügt dem Verkehr nicht. Sehen wir selbst von der Unhaltbarkeit einzelner Sätze der Konstruktion ab, so trifft

1) Seuffert in Bekker und Fischer, Beiträge zur Erläuterung u. Beurteilung des Entwurfes, Heft 11, § 12.

2) Seufferts Archiv, Bd. XXI, Nr. 41.

3) Menzel in Bd. XI, S. 592.

die ganze Konstruktion als solche noch immer ein Vorwurf: sie nimmt zu wenig Kenntnis von dem wahren Parteiwillen und ist auch für eine Rechtsform des Verkehrs zu künstlich und zu verwickelt.

II. Zauns Theorie der fingierten Cession. § 6.

Die Konstruktion mit Hülfe der Verträge zu Gunsten dritter versucht auch noch ein anderer Vertreter dieser Richtung, Z a u n¹⁾, in seiner Theorie der fingierten Cession.

I. Auch Z a u n leugnet die Möglichkeit der Passiv-Succession, und um dem von ihm anerkannten Bedürfnisse des Verkehrs zu genügen, wählt er jenen Ausweg. Er geht dabei, ähnlich wie B ä h r, von einer eignen Bestimmung der Verträge zu Gunsten dritter aus. Das Forderungsrecht des dritten lässt er aus dem zu seinen Gunsten geschlossenen Verträge unmittelbar, ohne Acceptation von seiner Seite entstehen. Er charakterisiert dieses Forderungsrecht als die Erstreckung eines andern aus dem Verträge zunächst zu Gunsten des Versprechensempfängers entstandenen, auf den dritten durch sog. thatsächliche, fingierte Cession übergegangenen Forderungsrechtes.

II. Der Gedankengang seiner Theorie ist folgender.

Eine Passiv-Succession gebe es nicht. Wo keine römische Expromission vorliege, bleibe das ursprüngliche Obligationsverhältnis völlig unverändert bestehen. Der Akt der Schuldübernahme sei lediglich ein besonderer Vertrag, mittels dessen jemand gegen den Schuldner sich verbindlich mache, an dessen Gläubiger Zahlung zu leisten²⁾.

In dem Schuldübernahmevertrage liege eine thatsächlich erklärte Cession, welche durch die Genehmigung

1) Z a u n in Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft, Bd. I. S. 113—131.

2) a. a. O. S. 116.

des Gläubigers perfekt werde. Denn wenn auch die Kontrahenten den Übernahmevertrag zunächst in ihrem eignen Interesse abschließen, so sei doch die Möglichkeit vorhanden, dass diese Vereinbarung dem Interesse des Gläubigers zu gute komme, und diese Möglichkeit werde dadurch zur Gewissheit, dass der Gläubiger die Vereinbarung, die mit zu seinen Gunsten getroffen sei, genehmige ¹⁾. Daher stehe dem Gläubiger die actio, welche der Urschuldner gegen den Übernehmer habe, als actio utilis zu, ohne dass indessen der Urschuldner durch diese Genehmigung sein Klagrecht gegen den Übernehmer verlöre ²⁾. Inhaltlich seien die Klagrechte verschieden: dem Urschuldner stehe aus dem Übernahmevertrage gegen den Übernehmer das Recht auf Befreiung ³⁾ zu; dieses Recht auf Befreiung aber verwandele sich in der Hand des Gläubigers in ein Recht auf Zahlung ²⁾.

Zur Begründung der Klage des Gläubigers gegen den Übernehmer gehöre die Darlegung des ursprünglichen Forderungsverhältnisses; dasselbe erhalte also durch die Übernahme der Forderung ausnahmsweise eine Richtung gegen einen dritten, nach Analogie der actiones adiecticiae qualitatis ³⁾. Da in der Übernahme keine Anerkennung liege, so könne der Übernehmer sich der Einreden des Urschuldners gegen die gläubigerische Forderung bedienen ⁴⁾.

Hiergegen lassen sich folgende Einwendungen erheben :

1. Von dem Begriffe der Verträge zu Gunsten dritter, wie Zaun ihn bestimmt, gilt dasselbe, wie von demjenigen Bährs: er genügt dem Parteiwillen nicht. Der Versprechensempfänger will gar nicht dem dritten sein eignes Forderungsrecht verschaffen, sondern ein selbstständiges Recht. Und bei der echten Schuldübernahme ist die Parteiabsicht, dass der Gläubiger das Recht, welches er gegen

1) S. 118. 2) S. 119. 3) S. 120. 4) S. 121.

den Urschuldner hat, nunmehr gegen den Successor haben soll, nicht mehr gegen jenen. Diese Absicht kann aber Zauns thatsächliche Cession ebensowenig verwirklichen wie Bährs stillschweigende Ermächtigung.

2. Der Begriff der Schuldübernahme, wie Zaun ihn wiedergibt, kommt gar nicht auf eine echte Schuldübernahme, ja nicht einmal auf eine kumulative hinaus. Er ist lediglich eine Erfüllungsübernahme, bei der allerdings dem Gläubiger nicht bloß die Möglichkeit einer thatsächlichen Befriedigung von Seiten des Übernehmers, sondern ein wirklicher Anspruch, eine *actio utilis* gegen den Übernehmer verschafft wird.

Allerdings läßt sich bei dieser Konstruktion die Absicht, dem Parteiwillen entgegenzukommen, nicht verkennen. Denn nach Zaun sollen dem Schuldübernehmer die Einreden zustehen, welche der Urschuldner gegen den Gläubiger hat, ein Gedanke, der doch nur mit der Successionswirkung sich verträgt. Und um dem Gläubiger, wie die Parteien wollen, ohne besonderen Vertrag mit dem Übernehmer eine Klage gegen ihn zu verschaffen, greift Zaun zu dem Mittel der fingierten Cession¹⁾.

Wenn auch gerade das römische Recht den Gebrauch von Fiktionen liebt, so ist damit den heutigen Verkehrsanschauungen doch nicht gedient. Der Verkehr will ein einfaches, lebendiges Recht, er ist allen Fiktionen abhold. Aus diesem Grunde allein ist es schon verfehlt, solche bei einem Institute zu verwenden, das im Mittelpunkte des Verkehrslebens steht. Wäre diese Fiktion einer Cession

1) Die Annahme einer fingierten Cession als Mittel, um dem Gläubiger ein Klagerecht gegen den Promittenten ohne Vertrag mit diesem zu verschaffen, war schon lange vor Zaun sehr verbreitet. Delbrück hat nachgewiesen, dass die Anfänge dieser Konstruktion bis auf Benevenuto Straccha zurückreichen, — a. a. O. S. 89. Auch in der Praxis fand diese Annahme viele Anhänger, vergl. Seuffert, Pandekten, Bd. II, S. 119, 120. —

die einzige, so möchte es noch angehen. Aber wie reich ist die Theorie an solchen, und, es wird nicht zu viel gesagt sein, wie reich auch an inneren Widersprüchen!

Zunächst lässt sich gegen dieselbe einwenden¹⁾: die Parteien wollen jedenfalls nicht ausdrücklich eine Cession, der Gläubiger soll ohne eine solche ein Klage-recht gegen den Successor erhalten. Diesem Mangel eines ausdrücklichen Cessionswillens hilft nun die Konstruktion ab durch die Annahme einer fingierten Cession, und zwar in folgender Weise: „Durch die Übernahme soll ein Recht des Urschuldners auf Befreiung statuiert und zugleich dem Gläubiger tatsächlich cediert werden“. Gegenstand der Cession soll also das Recht des Urschuldners gegen den Übernehmer auf Befreiung sein, dieselbe Klage soll aber auch bei dem Urschuldner bleiben. Um diesen Widerspruch, dass dieselbe Klage bei dem Urschuldner bleiben und doch zugleich bei dem Gläubiger sein soll, zu lösen, greift die Theorie zu diesem Auswege: „Das Recht, Recht, welches bei dem Urschuldner auf Befreiung geht, verwandelt sich in der Hand des Gläubigers in ein Recht auf Zahlung“. — Und wiewohl die Klage des Gläubigers sich stützt auf das Versprechen des Übernehmers an den Urschuldner verbunden mit jener Cession, soll der Gläubiger doch bei Begründung der Klage gegen den Übernehmer den Bestand der Schuld nachweisen müssen. Da ferner der Gläubiger nur *ex iure cesso* klagt, so ist es auch nicht angebracht, hier von einer ausnahmsweisen Richtung der Klage von dem Urschuldner gegen den Übernehmer unter Heranziehung der Analogie der adjektischen Klagen zu reden. Wenn endlich der Urschuldner dem Gläubiger gegenüber verpflichtet bleibt, wie können dann dem Übernehmer gegen den Gläubiger

1) Vergl. Menzel in Bd. XI cit., S. 590—592.

die Einreden zustehen, welche der Urschuldner diesem entgegensetzen kann¹⁾?

Wenn Windscheid²⁾ über diese Theorie der fingierten Cession sich also äussert: „Die Behauptung, dass diese Cession unabhängig von irgend welcher Erklärung darüber sei, schon in dem Vertrage über die Übernahme selbst liege, — verdient natürlich gar keine Beachtung“, — so mag das hart klingen, aber es ist richtig.

Zweiter Abschnitt.

Versuch, eine Passiv-Succession zu konstruieren ohne Übertragung der Obligation selbst.

Die Delbrücksche Theorie. § 7.

Die Bedeutung der Theorie von Delbrück, sowie der Schrift, in der er dieselbe niedergelegt³⁾, hat allseitig in der Wissenschaft vollste Würdigung gefunden. Von hervorragender Seite⁴⁾ wird die Theorie als eine bahnbrechende bezeichnet. Um so auffallender muss es erscheinen, dass dieselbe trotz aller Anerkennung nicht einen einzigen unbedingten Anhänger gefunden hat. Delbrück gebührt das Verdienst, der Lehre von der Passiv-Succession von neuem die ihr gebührende Aufmerksamkeit zugewandt zu haben, den Sieg hat er seiner Konstruktion der Passiv-Succession nicht verschafft.

Der Aufbau seiner Theorie ist folgender:

A. Es bestehe ein dringendes Verkehrsbedürfnis, um eine Schuld aus einem Vermögen in das andere in der Weise übertragen zu können, dass unter Erhaltung der Identität des Objektes lediglich ein Wechsel in der

1) Menzel in Bd. XI, S. 591.

2) Krit. Übersicht, Bd. I. S. 35.

3) Delbrück, die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Rechte, 1853.

4) Unger, Schuldübernahme, S. 25, N. 30; Windscheid, Aktio, S. 213; Bähr in Jahrb. f. Dogmatik, Bd. VI, S. 171 fg.

Person des Schuldners eintrete. Die Möglichkeit, diesem Bedürfnisse entsprechen zu können, sei vorhanden: es gebe eine Singular-Succession in die Schuld.

Die Vergeblichkeit aller bisherigen Versuche, eine Schuldübertragung zu konstruieren, ohne dass man den Grundsatz von der Unübertragbarkeit der Obligation verletzte, erkläre sich aus der falschen Bestimmung des Obligationbegriffes. Das deutsche Recht fasse diesen Begriff anders auf als das römische, aber der Gegensatz in den beiden Rechten hindere nicht eine einheitliche Bestimmung der Obligation¹⁾.

B. Die Obligation²⁾ sei ein Verhältnis zwischen Personen. Dasselbe existiere durch die wechselseitige Beziehung dieser Personen zu einander und lasse sich von ihnen nicht trennen. Allein dies Verhältnis erzeuge in seiner lebendigen Entwicklung aus sich heraus etwas anderes, die Forderung und die Schuld. Diese beiden seien übertragbar. Obligatio einerseits, Forderung und Schuld andererseits seien identisch, aber auch eben so sehr verschieden. Obligatio sei ein lebendiges Verhältnis zwischen Personen, Forderung und Schuld seien der feste sachliche Niederschlag desselben. Obligatio drücke das subjektive Verhalten, Forderung und Schuld das objektive Verhalten desselben Begriffes aus. Die Obligatio sei ihrer Natur nach ein vorübergehender Entwicklungsprozess; Forderung und Schuld seien vorhanden, insofern man sich dieselben als ruhend, als dauernd denke. Von Obligatio spreche man, indem man die Personen in ihrem Verhältnisse zu einander betrachte, von Forderung und Schuld, indem man das Ergebnis ihres gemeinsamen Willens als Gegenstand des Verkehrs, als für andere seiend anschauet. Forderung und Schuld seien die Pole in ihrer Selbstständigkeit, so jedoch, dass jeder die Beziehung auf den andern als aufgehobenes Moment in sich habe. Die

1) S. 1 fg. 2) S. 10, 11.

Obligatio gehe unter in der Erzeugung von Forderung und Schuld, aber als Grund existiere sie in ihnen fort.

C. Die Übertragung der Forderung nenne man Cession, die der Schuld Übernahme der Schuld. Demnach sei die Schuldübernahme eine wahre Succession, nicht in die Obligation, sondern in die Schuld, in ihren sachlichen Niederschlag.

Die Schuldübernahme¹⁾ geschehe durch die übereinstimmende, auf Übernahme gerichtete Willenserklärung des Urschuldners und des Übernehmers. Mitwirkung des Gläubigers sei hier ebenso unwesentlich als die des Schuldners bei der Cession.

Das persönliche Verhältnis zwischen Urschuldner und Gläubiger²⁾ bestehe trotz der Succession in die Schuld fort. Um dasselbe zu lösen, sei eine besondere Entlassung des Urschuldners notwendig.

In dem Verhältnisse zwischen Urschuldner und Successor³⁾ habe die Übernahme den Charakter eines Realaktes. Die Stellung der Kontrahenten sei diejenige wie nach erfülltem Kontrakte, die Übernahme sei Zahlung. Daher habe der Urschuldner nur ein Regressrecht an den Successor, und zwar erst dann, wenn er selbst in Anspruch genommen worden sei.

Der Gläubiger habe gegen den Übernehmer⁴⁾ ein direktes Klagrecht auf Erfüllung der Schuld. Seine Klage sei nicht persönlicher Natur, da ein persönliches Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Successor nicht bestehe, sie habe einen mehr sachenrechtlichen Charakter.

Die Beschaffenheit der Schuld⁵⁾ sei bestimmt durch die Obligation, deren Niederschlag die Schuld sei. Daher sei die Verpflichtung des Successors inhaltlich dieselbe wie diejenige des Urschuldners. Insbesondere würden die Einreden als Qualitäten der Schuld, ebenso auch die

1) S. 18—22. 2) S. 57—62. 3) S. 45—51. 4) S. 70 fg.
5) S. 108 fg.

accessorischen Rechte und Pflichten auf den Successor mitübertragen.

Eine weitere Übernahme¹⁾ ändere an dem Rechtsverhältnisse zwischen Gläubiger und Urschuldner nichts. Der erste Übernehmer werde alsdann befreit, da er ja die Schuld nicht mehr innehabe. Der folgende Übernehmer, in dessen Vermögen die Schuld sich nunmehr befinde, sei passiv legitimiert für die Klage des Gläubigers'.

I. „Die Übernahme fremder Schulden bewirkt eine Singular-Succession, aber nicht in die Obligation, sondern in die Schuld. Das ist die Grundlage meiner ganzen Ausführung, mit der alle Folgesätze stehen und fallen“²⁾. — Mit diesen Worten giebt Delbrück selbst denjenigen Punkt seiner Theorie an, an dem eine Prüfung derselben anzusetzen hat.

Delbrück geht von dem Gegensatze römischer und deutscher Auffassung der Obligation aus. 'Die römische Obligatio sei ein Rechtsverhältnis zwischen Personen und als solche unübertragbar. Nach deutscher Auffassung aber trete der Begriff der Obligatio im Sinne eines persönlichen Verhältnisses gänzlich zurück. Vielmehr würden hier Forderung und Schuld als Bestandteile der Habe, als Sache angeschaut und ihre Übertragung gestattet. Aus dem deutschen Rechte folge die Möglichkeit einer Vermittelung zwischen dem Grundsatz, dass die Obligation unübertragbar sei, und der Notwendigkeit einer Singular-Succession in Schuld und Forderung. Die Obligation selbst sei nicht übertragbar, Forderung und Schuld, ihr sachliches Produkt, seien dagegen von ihr ablösbar und übertragbar'³⁾. —

1. Die Beantwortung der Frage, ob diese Zergliederung des Begriffes der Obligation in Obligatio einerseits, Forderung und Schuld andererseits, möglich ist, haben wir weder im römischen noch im deutschen Rechte

1) S. 117—20. 2) S. 119. 3) S. 1 fg.

zu suchen, sondern in den ewigen Gesetzen der Vernunft. Denn ist die Frage zu verneinen, dann kann auch keine Rechtsordnung eines Volkes den Beweis für die entgegengesetzte Behauptung erbringen: nie wird eine begriffliche Unmöglichkeit Rechtsgedanke eines Volkes werden.

Die Obligation ist, wie Delbrück zugiebt, ein Rechtsband zwischen zwei Personen, ein einheitliches Ganze. Ist das der Fall, dann kann eine Schuld nicht anders auf einen Übernehmer übergehen, als dadurch, dass zugleich die korrespondierende Forderung in eine persönliche Beziehung zu dem neuen Schuldner gesetzt wird: das eine kann eben nie ohne das andere sein. Die Forderung ist das eine Ende des Rechtsbandes, die Schuld das andere. Will man das eine Ende von dem Rechtsbande ablösen, gleichviel, welches, so muss man das Band zerreißen; damit entschwindet aber auch das ganze rechtliche Verhältnis der Wirklichkeit. Das ist eine Wahrheit, die eines weiteren Beweises nicht bedarf, weil es eine naturgemässe Wahrheit ist.

Jede andere Ansicht muss mit Notwendigkeit zu inneren Widersprüchen führen. Solche finden sich denn auch in Delbrücks Theorie. Bald erscheint in derselben die Obligatio als etwas Dauerndes, bald als ein vorübergehendes Entwicklungsstadium. Hier soll die Obligatio untergehen, indem sie Forderung und Schuld aus sich erzeugt, dort soll sie wieder neben der Schuld selbständig fortbestehen, — ein Widerspruch, den man vergeblich zu lösen sucht.

Auch andere Unklarheiten treten infolge dieser unhaltbaren Bestimmung der Obligation zu Tage. Auf der einen Seite bemüht sich Delbrück, die Schuld möglichst von der Obligation zu emancipieren, auf der andern Seite beschwert er sie mit Einreden, accessorischen Rechten und Privilegien. Spätere Vereinbarungen zwischen Gläubiger und Übernehmer hinsichtlich der Zahlungsmodalitäten, eine Erlöschung der übernommenen Schuld durch

Konfusion sind vom Standpunkte Delbrücks aus gar nicht denkbar¹⁾. Man sucht ferner vergeblich nach einer Charakterisierung der Schuld als eines bestimmten Rechtsverhältnisses. Sie wird bezeichnet als 'der sachliche Niederschlag' der Obligatio, als 'vorgestellte Sache', als 'weder zum Sachen- noch zum Obligationenrecht gehörig'. Man kann sich der Vermutung nicht erwehren, es handle sich bei dem Schuldbegriffe Delbrücks nicht um ein konkretes Rechtsverhältnis, sondern mehr um eine Eigenschaft eines Rechtsverhältnisses. Dann kann aber auch von einer Singular-Succession nicht mehr Rede sein²⁾. Es ist übrigens auch gar nicht möglich, die Schuld als ein besonderes Rechtsverhältnis zu charakterisieren. Wir kennen nur zwei Arten von Vermögensrechten: Rechte an der Sache und Rechtsverhältnisse zwischen Personen, ein drittes ist nicht denkbar. Allerdings kommt im Sprachgebrauche des täglichen Lebens diese Unterscheidung nicht immer zum Ausdrucke. Wenn wir von Forderungen und Schulden sprechen, denken wir nur daran, dass wir es mit Vermögensbestandteilen überhaupt zu thun haben, weniger mit bestimmten Vermögensbestandteilen. Nichtsdestoweniger aber sind Forderungen und Schulden ganz bestimmte Vermögensbestandteile.

Gürgens³⁾ macht einen Versuch, Delbrücks Schuld als ein wirkliches Rechtsverhältnis zu gestalten. Delbrück⁴⁾ sagt nämlich bei Begründung der Klage des Gläubigers gegen den Successor: 'Während das römische Recht die Schuld an die Person knüpfe, sehe das deutsche Recht die Schuld als einen Bestandteil einer Vermögensmasse an. Die Person werde verklagt, insofern sie Verwalter dieser Vermögensmasse sei. Durch die Übernahme aber werde die Schuld aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden und in das des Übernehmers übertragen'. — Gemäss

1) Menzel in Bd. XI, S. 583. 2) Gürgens S. 255. 256.

3) S. 254 fg. 4) S. 71 fg.

dieser Begründung glaubt Gürgens das Rechtsverhältnis der Schuld bestimmen zu können als „ein Rechtsverhältnis des Gläubigers zu dem Vermögen des Schuldners, vermöge dessen jener aus dem Vermögen des letzteren eine bestimmte Leistung beanspruchen kann.“ — Daraus kann aber, wie Gürgens selbst zugiebt, nicht gefolgert werden, dass die Schuld in diesem Sinne von dem Vermögen, auf welchem sie lastet, lösbar ist und zum Gegenstande des Verkehrs werden kann. Will man eine derartige Übertragung der Schuld von dem einen Vermögen in das andere behaupten, dann muss man sich auch zu der Annahme verstehen, dass ein Vermögen in ein Rechtsverhältnis eines Vermögens succedieren kann. Das Recht kennt aber nur eine Succession in Rechtsverhältnisse von Personen.

2. Der Nachweis von der begrifflichen Unmöglichkeit der Obligation im Sinne Delbrücks macht eine Prüfung der Beweise, die er für die Wahrheit des Fundamentes seiner Theorie anführt, unnötig. Indessen soll hier nicht darauf verzichtet werden, vor allem deshalb, um den Gedanken fern zu halten, als sei in der deutschen Rechtsanschauung eine derartige juristische Unmöglichkeit zum Vorschein gekommen.

Drei Stützen behauptet Delbrück¹⁾ für das Fundament seiner Lehre zu haben: a. die eigentümliche Anschauung des deutschen Rechtes von dem Wesen der Obligation, b. die Anerkennung des direkten Klagrechtes des Gläubigers gegen den Successor von Seiten der Praxis, c. das Bedürfnis des Verkehrs.

Das deutsche Wort Eigentum erstrecke sich auch auf Forderungen, Forderungen und Sachen würden also als etwas Zusammengehöriges gedacht. Das deutsche Recht kenne auch nicht die römische Scheidung von Sachen und Obligationen, sondern teile alles Gut in Fahrnis und Lie-

1) S. 1 fg.; S. 70 fg.

genschaft, die Forderungen rechne es je nach den Umständen bald zu der einen, bald zu der andern Art von Vermögensbestandteilen. Während das römische Recht immer nur von der 'obligatio', dem persönlichen Rechtsbande rede, kenne das deutsche Recht nur die Wendungen 'Forderung' und 'Schuld'; das persönliche Moment trete hier also ganz zurück. Einen klaren Beweis hierfür liefere die faktische Behandlung der Obligation bei Rentenbriefen und Inhaberpapieren im deutschen Rechte als einer Waare und eines Verkehrsgegenstandes'. —

Urkundliche Beweise für seine Behauptung vermag Delbrück nicht zu erbringen, bei der Fülle des Quellenmaterials eine nicht unauffällige Erscheinung.

Möglich ist, dass die Verkennung des dinglichen Charakters der Rente und die Vermischung der Hypothekenschuld mit andern Obligationsverhältnissen Delbrück zu seiner unrichtigen Auffassung gebracht haben¹⁾. Jedenfalls beweisen die Thatsachen, auf die er sich beruft, nicht das, was er mit denselben beweisen will.

Allerdings wird im deutschen Rechte das Wort 'Eigentum' auch auf Forderungen angewandt. Das Wort Eigentum kommt aber überhaupt im deutschen Rechte in einer sehr weiten Bedeutung vor. Man spricht hier von einem Eigentum an Familienrechten, überträgt den Begriff sogar auf das Gebiet des öffentlichen Rechtes und spricht von einem Eigentum an dem Patronatsrecht, an der Gerichtsbarkeit. Noch in neueren Gesetzgebungen findet sich eine weite Ausdehnung des Eigentumsbegriffes, er wird mit dem des Vermögensrechtes überhaupt identifiziert. Selbst das preussische Recht kennt ein Eigentum an Forderungen, und die Cession ist nach demselben ein wahrer *modus adquirendi dominii*²⁾. Aber auch das römische Recht nimmt den Begriff in einem weiteren Sinne. Es spricht

1) Beseler S. 402. 403.

2) Behrend in v. Holtzendorffs Encyklopädie d. R. I, § 27.

z. B. von einem 'dominus negotii', einem 'dominus litis'. Aus dieser Erscheinung kann m. E. für den Delbrück'schen Obligationsbegriff nichts gefolgert werden. Wenn ferner das deutsche Recht das Vermögen in Liegenschaft und Fahrhabe einteilt und die Obligationen je nach Umständen zu dieser oder zu jener rechnet, so erklärt sich das aus der naiven Systematik des deutschen Rechtes, die wesentlich sinnliche Momente berücksichtigt. Nicht aber lässt sich daraus folgern, dass das deutsche Recht Forderung und Schuld mehr als Sache behandelt habe. Das Zurücktreten des persönlichen Momentes der Obligation in der deutschen Rechtssprache beweist ebenfalls nur, dass diese sich gewöhnt hat, im Gegensatze zur römischen Terminologie, die immer nur das Ganze der *obligatio* im Auge hat, mehr die äussere Seite, den faktischen Inhalt hervorzuheben. Dabei denkt sie aber nicht an eine Auseinanderreissung des logischen Ganzen der Obligation. Dasselbe gilt auch von der faktischen Behandlung der Obligation in den Rentenbriefen und Inhaberpapieren.

Alle diese Momente können nur als Beweis dafür dienen, dass man in Deutschland von jeher Forderungen und Schulden wie andere Vermögensbestandteile als Verkehrsgegenstände angesehen hat, ohne dabei ihre obligatorische Natur zu verkennen. Bloss in dieser Weise denkt das deutsche Recht sich das sachliche und das persönliche Element in der Obligation selbstständig, dass es nur eine Person überhaupt fordert, auf die Individualität derselben kein Gewicht legt¹⁾.

Die Anerkennung des direkten Klagrechtes des Gläubigers gegen den Übernehmer in der Praxis glaubt Delbrück sich nur so erklären zu können, 'dass auch die Praxis von dem Gedanken beherrscht worden sei, die

1) Bluntschli, deutsches Privatrecht, S. 153; Kuntze S. 98—111, S. 304—329; Windscheid, Aktio, S. 206—208, S. 213—214.

Schuld sei von der Obligation trennbar, sei eine Art Sache'. — Auf die Anerkennung eines solchen Klagrechtes in der Praxis könnte jedoch Delbrück sich nur dann berufen, wenn er nachgewiesen hätte, dass die Praxis dem Gläubiger die Klage gegen den Übernehmer gegeben und ihm zugleich die persönliche Klage gegen den Urschuldner gelassen hätte. Den Beweis hierfür hat er nicht erbracht und konnte ihn auch nicht erbringen. Denn gerade bei dem in der Praxis am meisten vorkommenden Mittel, um dem Gläubiger das Klagrecht gegen den Übernehmer zu verschaffen, der Annahme einer stillschweigenden Delegation, war es selbstverständlich, dass der Urschuldner von seiner Haftung frei wurde.

Das Verkehrsbedürfnis verlangt allerdings die Übertragbarkeit von Forderung und Schuld. Delbrück will darin eine Hauptstütze für seine Lehre sehen und baut seine Theorie auf, um dieses Verlangen des Verkehrs zu befriedigen. Aber es ist nicht zu verkennen, dass die Erklärung der Passiv-Succession, wie Delbrück sie giebt, diesem Verkehrsbedürfnisse in keiner Weise genügt. Die wahre Absicht der Parteien, Befreiung des Urschuldners durch Ausscheidung der Schuld aus seinem Vermögen und Belastung des Successors mit derselben, hat Delbrück richtig erkannt. Um diese wirtschaftliche Absicht mit einer Rechtswirkung zu decken, ohne dabei den Grundsatz von der Unübertragbarkeit der Obligation anzutasten, greift er zu dem Auswege seiner Bestimmung des Obligationsbegriffes. Damit hat er aber das Hindernis, welches sich ihm aus der Unübertragbarkeit der Obligation ergibt, nicht überwunden, sondern nur bei Seite geschoben. Denn Delbrück muss den Urschuldner weiter haften lassen, und das steht im Widerspruch mit dem Willen der Parteien. Delbrück hat auch selbst das Ungenügende seiner Erklärung der Passiv-Succession empfunden, denn er sagt¹⁾, 'den Parteien schwebt vor, dass

1) S. 20.

thatsächlich infolge der Übernahme der Urschuldner nicht mehr werde in Anspruch genommen werden', d. h. mit andern Worten, dass die Obligatio zwischen Gläubiger und Urschuldner eine inhaltlose sein werde.

II. Mit dem Fundamente der Theorie stürzt, wie Delbrück selbst sagt, das ganze Gebäude derselben zusammen, die direkte Klage des Gläubigers gegen den Successor, die Wirkungen weiterer Übernahmen. Auch der Gewinn, den Delbrück für die Parteien erreicht, nämlich die Möglichkeit, die Passiv-Succession ohne Mitwirkung des Gläubigers herbeizuführen, geht wieder verloren. Für den Gläubiger freilich wäre diese Möglichkeit ohnehin eine nicht zu rechtfertigende Härte. Denn da nach Delbrück der Successor in keinem obligatorischen Verhältnisse zum Gläubiger steht, so wird er leicht in der Lage sein, die Schuld auch an insolvente Personen weiter zu übertragen, ohne dass der Gläubiger dagegen Einwendungen machen kann. Und ob der Gläubiger bei dem Urschuldner immer die notwendige Befriedigung findet, ist auch eine Frage, die nicht immer zu bejahen sein wird.

Ein Satz der Theorie wird von jener Begriffsbestimmung der Obligation nicht berührt: 'dass Übernahme Zahlung sei und der Urschuldner nur, im Falle er selbst in Anspruch genommen worden, ein Regressrecht an den Successor habe'. Von Delbrücks Standpunkt aus ist dieser Satz folgerichtig, weil er eben in dem Übernahmevertrage einen Realakt ähnlich der Cession findet, bei dem die Parteien die Stellung haben wie nach erfülltem Kontrakte¹⁾. Als der nächste Zweck bei der Übernahme erscheint Delbrück, dass der Successor Schuldner werde, und dieser Zweck wird herbeigeführt durch die Übernahme selbst. Ihr fernerer Zweck erst ist ihm die Sicherung des Urschuldners gegen den Anspruch des Gläubigers, und

1) Ebenso Kuntze, vergl. oben S. 22.

diese erreicht er durch die Regresspflicht des Successors. — Wieweit indessen überhaupt für den Satz „Übernahme ist Zahlung“ Geltung beansprucht werden kann, ist m. E. nicht absolut zu bestimmen, sondern nach den Umständen zu beurteilen¹⁾. In einem Falle wird man mit Sicherheit als Parteiabsicht annehmen können, dass die Übernahme wie Zahlung wirken solle: bei der Übernahme von Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis²⁾. Wollte man hier den Satz „Übernahme wirkt Zahlung“ nicht gelten lassen, so könnte sich die Sachlage folgendermassen gestalten. Wenn der Successor auf Übergabe des Kaufobjektes klagte, so wäre der Urschuldner berechtigt, ihm die *exceptio non adimpleti contractus* entgegenzusetzen, begründet damit, dass der Urschuldner noch nicht befreit, also der Kaufpreis nicht gezahlt sei. Das wäre eine Konsequenz, die heute, wo Hypotheken oft auf lange Zeit unkündbar bestellt werden, zu den grössten Unzuträglichkeiten führen müsste. —

Delbrück war es nicht beschieden, das Ziel, welches ihm vorgeschwebt, zu erreichen. Sein Versuch, eine Passiv-Succession zu konstruieren, ist daran gescheitert, dass er den Grundsatz von der Unübertragbarkeit der Obligation nicht aufgeben wollte. Aber was Delbrück begonnen, das haben andere vollendet.

1) Vergl. oben S. 22; S. 30, 31.

2) Menzel in Bd. XI cit., S. 663.

Dritter Abschnitt.

**Theorieen, welche in dem Grundsatz sich begegnen:
es giebt eine Passiv-Succession.**

Erstes Kapitel.

**Theorien, welche die Passiv-Succession nur für das
heutige gemeine Recht behaupten.**

Erster Titel.

Der gemeinsame Grundsatz dieser Theorieen. § 8.

Nicht oft hat die Aufstellung einer neuen Lehre in der Wissenschaft einen solchen Umschwung in den Anschauungen, zugleich freilich auch einen solchen Kampfeifer in der Juristenwelt hervorgerufen, als die Behauptung, es gebe eine Singular-Succession in Schulden, sie sei sogar heutiges gemeines Recht. War es doch ein bewusster Bruch mit der Lehre, welche bisher als unumstössliche Wahrheit gegolten. Noch stand man unter dem Eindrücke von Delbrücks Theorie, aber die Unhaltbarkeit derselben war zu einleuchtend, als dass man ernstliche Befürchtungen für jenen Grundsatz von der Unübertragbarkeit der Obligation zu hegen gehabt hätte. Und nun ward in den Schriften, die sich die Widerlegung von Delbrücks Theorie zum Zwecke gesetzt, die Lehre von neuem verkündet. Diesmal aber geschah es von einer Seite und mit einer Begründung, die wohl geeignet waren, das bisherige Dogma ins Wanken zu bringen. Windscheid war einer der ersten, ihm folgten bald zahlreiche andere Juristen. Welchen Verlauf der Kampf genommen, das dürfte am besten eine Äusserung Menzels darthun. Dieser ¹⁾, auch ein Vorkämpfer der neuen Lehre, sagt

1) Bd. XI, S. 599.

nämlich: „Ich erachte diese berühmte Streitfrage gegenwärtig für erledigt und begnüge mich, auf die überzeugenden Ausführungen von Windscheid und Gürgens zu verweisen“. — Aber wenn auch der Streit über das Princip als erledigt gelten kann, in der Konstruktion gehen die Wege noch immer auseinander. Sie werden auch auseinandergehen, bis das Gesetz sein Machtwort gesprochen haben wird.

Der gemeinsame Grundgedanke aller dieser Theorien, welche die Passiv-Succession für unser Recht lehren, ist dieser ¹⁾:

‘Die Singular-Succession in Schulden sei heutiges gemeines Recht. — Der Beweis ergebe sich aus folgendem:

1. Die begriffliche Möglichkeit der Singular-Succession in Schulden ergebe sich aus der Möglichkeit der Singular-Succession in das obligatorische Verhältnis überhaupt. Diese letztere Möglichkeit sei vorhanden. Es sei aber nicht abzusehen, weshalb sie bei der Forderung anerkannt und bei der Schuld ausgeschlossen werden solle.

2. Die gemeinrechtliche Geltung der Passiv-Succession rechtfertige sich nach den Grundsätzen der Analogie und des Gewohnheitsrechtes.’ —

A. Die begriffliche Möglichkeit der Passiv-Succession.

I. Bei der Prüfung dieses Grundsatzes ist zuerst die Frage zu erwägen, ob nicht der Begriff der Schuld als solcher der Anwendung des Begriffes der Singular-Succession entgegensteht. Denn ergeben sich bei der Betrachtung dieser Frage Hindernisse, die nicht zu beseitigen sind, dann kann die Möglichkeit einer Passiv-Succession

1) Gürgens S. 221—261; Windscheid, Aktio, S. 148 bis 214; Delbrück, S. 1—3, 22—34, 70—97.

nicht mehr mit derjenigen einer Aktiv-Succession begründet werden.

1. Fasst man den Begriff der Singular-Succession also: 'Wechsel der Person unter Erhaltung der Identität eines Rechtsobjektes', — so könnte sich der Zweifel erheben, ob die Schuld denn überhaupt ein Objekt ist, dessen Identität erhalten bleiben kann. B ä h r hat, wie schon früher erwähnt¹⁾, diesen Gedanken geltend gemacht. — Will man auf diesen Einwand eingehen, so lässt sich derselbe m. E. schon deshalb nicht rechtfertigen, weil man mit demselben dem Begriffe der Obligation als eines einheitlichen Ganzen Gewalt anthut. Aus dem Rahmen der Obligation lassen sich nicht zwei besondere Begriffe aussondern. Forderung und Schuld sind nur Bezeichnungen für die beiden Seiten des einen Rechtsbandes, dessen Rechtssubstanz Gegenstand der Succession ist.

2. Als ein zweites Hindernis der Passiv-Succession könnte die mehrfach angenommene Notwendigkeit des Vertragsschlusses zwischen Gläubiger und Successor erscheinen. Zwar nicht aus dem Grunde, den K u n t z e ²⁾ hervorhebt: 'weil durch diese Notwendigkeit die Singular-Succession in die Schuld praktisch zu schwerfällig werden müsse'. Aber man könnte geltend machen, durch den Vertrag müsse eine neue Obligation zustande kommen. — Indessen ist hierin ebenfalls kein Hindernis zu erblicken. Notwendig ist ja Mitwirkung des Gläubigers, weil der Urschuldner gar nicht vermag, einseitig seine Verpflichtung von sich abzuwälzen. Ein Vertrag zwischen Gläubiger und Successor kommt jedenfalls dann zustande, wenn sie ohne Zuziehung des Urschuldners kontrahieren. Aber nicht notwendig ist, dass dieser Vertrag eine neue Obligation schaffe. Ist es überhaupt denkbar, dass die Rechtssubstanz der Obligation die Person des Schuldners über-

1) Vergl. oben S. 25, 26.

2) Obligation u. Singular-Succession S. 324, 325.

dauert, und wollen die Parteien wirklich dieselbe Substanz in den neuen Vertrag aufnehmen, so ist kein Grund zu der Annahme vorhanden, dieser Absicht könne nur durch eine Obligation mit völlig neuem Rechtsgrunde entsprochen werden.

Was das Wesen der Schuld angeht, so steht demnach der Möglichkeit der Übertragung der Singular-Succession auf die Schuld nichts im Wege.

II. Die Möglichkeit der Passiv-Succession hängt weiter davon ab, ob man eine Singular-Succession in die Forderung und das obligatorische Verhältnis überhaupt annehmen darf. Diese Frage, welche die Vertreter der Passiv-Succession selbst als Voraussetzung derselben bezeichnen, wird von ihnen bejaht. Sie begründen ihre Bejahung in folgender Weise¹⁾: 'Die Thatfachen, welche den Übergang eines Rechtsverhältnisses von der Person seines Trägers auf eine andere Person unmöglich machen, seien bei dem obligatorischen Rechtsverhältnisse nicht vorhanden. Dasselbe sei weder an die Person seines Trägers als an das bestimmte Individuum geknüpft, noch bewirke die Übertragung des Rechtsverhältnisses ausser der rein subjektiven Umwandlung desselben noch eine solche Änderung, dass das Rechtsverhältnis selbst zerstört werden müsse'. —

Diesen Argumenten kann m. E. nicht in genügender Weise begegnet werden²⁾.

1. Man könnte geltend machen, der Obligationsgrund könne nur zwischen denjenigen Personen, zwischen welchen er zur Existenz komme, ein obligatorisches Verhältnis hervorrufen. —

Das ist nicht richtig. Daraus, dass eine Obligation nicht für eine Person zur Entstehung gelangen kann,

1) Gürgens S. 228—231; Windscheid, Pand. II, S. 256. 257.

2) Windscheid, Aktio, S. 148 fg.

folgt noch nicht, dass die einmal entstandene auf diese Person auch nicht übergehen kann.

2. Auch der Inhalt der Obligation kann ihre Übertragbarkeit nicht hindern. Möglich ist zwar, dass eine Obligation zum Inhalt eine Leistung nur an diesen bestimmten Gläubiger hat oder eine Leistung nur von diesem bestimmten Schuldner, wie z. B. bei einer Strafforderung aus Delikt. Aber ein solcher Leistungsinhalt wird doch die Ausnahme bilden. Ist er vorhanden, dann kann freilich eine Übertragung des Rechtsverhältnisses nicht stattfinden. Regelmässig aber wird das obligatorische Verhältnis nur verlangen, dass überhaupt ein Gläubiger, überhaupt ein Schuldner da ist. Wird doch auch bei dem Übergange der Forderungen und Schulden auf den Erben nicht die Fortsetzung der Individualität des Erblassers fingiert, sondern nur die Fortsetzung der Person überhaupt¹⁾.

3. Änderungen finden allerdings bei der Übertragung des obligatorischen Verhältnisses statt. Aber sie sind nicht bedeutsamer als die bei der Übertragung des Eigentums. Man kann nicht mit Unrecht sagen: „Es kommt bei der Obligatio, damit sie fortbestehe, wie beim Eigentum sowie bei den Dingen überhaupt, nicht darauf an, dass alles unverändert bleibt; genug, dass das Wesen bleibt“²⁾. Die Person des Schuldners oder Gläubigers wechselt bei der Übertragung. War vorher eine Leistung an diesen Gläubiger, von diesem Schuldner Gegenstand der Obligation, so ist nach der Übertragung ihr Objekt eine Leistung an den andern Gläubiger, von dem andern Schuldner. Deshalb ist aber nicht weniger dieselbe Leistung vorhanden. Man giebt zu, dass die Wesenheit der Forderung unberührt bleibt, wenn z. B. an Stelle der unmöglich gewordenen Leistung eine Geldleistung tritt. Dann muss man aber auch zugeben, dass ihr Wesen dasselbe

1) Gürgens S. 226.

2) Vergl. Brinz in Krit. Blätter, Heft 2, S. 35.

bleibt, wenn ein und dieselbe Leistung eine Richtung gegen einen andern Gläubiger oder Schuldner nimmt.

4. Nun ist aber das obligatorische Verhältnis stets ein Doppelverhältnis, Forderung und Schuld sind immer zugleich Rechtsverhältnisse zweier Personen. Daher entsteht die Frage, ob nicht der freien Übertragbarkeit das entgegenstehe, dass der eine Träger des obligatorischen Verhältnisses bei der Übertragung desselben an die Mitwirkung des andern Trägers gebunden sein müsse¹⁾. Es leuchtet ein, dass dieser Grund nur ein äusserer sein kann, ein Hindernis für die wirkliche Übertragung, nicht für die begriffliche Übertragbarkeit. Aber er ist auch nicht einmal für die wirkliche Übertragung ein Hindernis.

Die Notwendigkeit der Mitwirkung des einen Trägers der Obligation bei der Übertragung durch den andern wird allerdings nach dem natürlichen strengen Rechte vorhanden sein. Klagt ein dritter gegen den Schuldner, so kann er ihm antworten: „Dir bin ich nicht schuldig.“ Will ein dritter die Schuld auf sich nehmen, so braucht der Gläubiger sich nicht darauf einzulassen. Aber der allmächtige Faktor des Verkehrs will es anders. Dem Schuldner kann es regelmässig gleichgültig sein, wem er seine Leistung macht. Daher ist seine Zustimmung bei der Cession unwesentlich; gegen Dolus bei derselben genießt er ja Schutz. Anders bei der Passiv-Succession. Der Schuldner ist gar nicht imstande, sich ohne Mitwirkung des Gläubigers zu befreien, er wird von seiner Verpflichtung beherrscht. Auch vom Standpunkte der Billigkeit aus ist die Zustimmung des Gläubigers zu fordern. Zwar nicht das juristische Dasein der Schuld steht bei der Übertragung in Frage, aber ihre Realisierbarkeit.

Die begriffliche Möglichkeit der Singular-Succession in das obligatorische Verhältnis, sowohl in die Forderung wie in die Schuld, unterliegt demnach einem Zweifel nicht mehr. —

1) Gürgens S. 231.

B. Die rechtliche Geltung der Passiv-Succession.

Die notwendigste Voraussetzung für eine rechtliche Geltung der Passiv-Succession ist mit der begrifflichen Möglichkeit gegeben. Diese rechtliche Geltung selbst wird von den Verteidigern derselben in doppelter Weise motiviert¹⁾. 'Einmal seien alle Bedingungen für die analoge Ausdehnung des Institutes der Singular-Succession auf das obligatorische Verhältnis des Schuldners vorhanden. Sodann sei die Passiv-Succession auch gewohnheitsrechtlich begründet. Denn ein in der gemeinrechtlichen Praxis täglich vorkommender Rechtsvorgang könne nicht anders als mit Unterstellung der Singular-Succession in die Schuld erklärt werden.' —

I. Als Bedingungen der analogen Ausdehnung giebt Gürgens²⁾ an: die begriffliche Möglichkeit, das Bedürfnis des Verkehrs, und die Voraussetzung, dass das bestehende Recht nichts enthalte, was dieser Ausdehnung widerstrebe. —

Sind diese Voraussetzungen vorhanden, dann kann allerdings die rechtliche Geltung der Passiv-Succession nicht mehr bezweifelt werden.

1. Die begriffliche Möglichkeit ist nachgewiesen.

2. Das Bedürfnis des Verkehrs bedarf keines besonderen Nachweises, wird es ja selbst von den entschiedensten Gegnern der Passiv-Succession zugegeben. Sicher ist auch, dass die Begriffe, die uns das römische Recht überliefert, Delegation und Verpflichtung zur defensio in rem suam, hier nicht ausreichen, jene nicht wegen ihrer meist novierenden Wirkung, diese nicht, weil aus ihr kein Verpflichtungsverhältnis zwischen Gläubiger und defensor entsprang. Den besten Beweis für das Bedürfnis erbringt die das Wesen der Delegation ganz verkennende Annahme der stillschweigenden Delegation, die in der Praxis der

1) Gürgens S. 231 fg.; Windscheid, Pand. II, S. 256, 257.

2) S. 233 fg.

früheren Zeit gäng und gäbe war¹⁾. Dieselbe erklärt sich nur aus der Notwendigkeit, dem Gläubiger eine direkte Klage gegen den Successor zu verschaffen, ohne dass es eines besonderen Vertragsverhältnisses zwischen beiden bedürfte.

3. Auch findet sich in der deutschen Rechtsanschauung kein Beweis dafür, dass der Gedanke einer Passiv-Succession ihr widerstrebe. Vielmehr ist eine Reihe von Beweisen vorhanden, welche die Annahme rechtfertigen, dass die Übertragbarkeit der Schuld dem innersten Wesen des deutschen Rechtes entspricht²⁾. Auch das deutsche Recht hält den Gedanken fest, dass die obligatio ursprünglich und wesentlich ein Band von Person zu Person sei, nicht von Person zur Sache. Aber es erkennt auch, dass diese Verbindung keine rein persönliche ist, sondern stets eine Beziehung von Vermögenswert, kein ideales, sondern ein reales Verhältnis. Und so kommt es dazu, mehr den objektiven Gehalt von Forderung und Schuld zu betonen, und beginnt diese Güter analog den eigentlichen Sachgütern als Gegenstände des Verkehrs zu behandeln. Es lässt eine Änderung in den persönlichen Verhältnissen zu, wenn nur der Inhalt derselbe bleibt. Wertpapiere, besonders Inhaberpapiere sind der gesteigerte Ausdruck dieser Auffassung. Auch in den modernen Kodifikationen ist die Übertragbarkeit der Schuld vielfach anerkannt.

4. Weiter lässt sich die rechtliche Geltung der Passiv-Succession nach den Regeln der Analogie noch damit begründen, dass schon das römische Recht eine gesetzliche Singular-Succession in die Schuld anerkannt hat, während ihm allerdings die vertragsmässige zu allen Zeiten fremd geblieben ist. In den Quellen finden sich Fälle, in denen der Gläubiger der actio gegen den Urschuldner verlustig geht, aber eine solche gegen einen andern erhält, ohne dass die Forderung selbst von diesem Wechsel be-

1) Vergl. unten S. 58.

1) Vergl. Gürgens S. 239, Bluntschli S. 319—324.

rührt wird. So wird die Klage, die gegen den Vormund begründet war, gegen das Mündel gewährt und jener von seiner Verpflichtung befreit, z. B. in l. 8 D. quando ex facto tut. 26, 9: 'tutor, qui et coheres pupillo erat, cum conveniretur fideicommissi nomine, in solidum ipse cavit. Quaesitum est, an in indultum pupillum pro parte danda sit utilis actio? Respondit, danda'; ähnlich in l. 1 C. quando ex facto tut. 5, 39. — Ferner wird die actio iudicati, die gegen den Prokurator begründet war, von diesem auf den Vertretenen übertragen, l. 4 pr. D. de re iud. 42, 1: 'si se non optulit procurator, iudicati actio in eum denegabitur et in dominum dabitur'; ähnlich in l. 61 D. de proc. et defens. 3, 3.

II. Der Beweis, wie ihn vorzugsweise Gürgens und Delbrück bei der gewohnheitsrechtlichen Begründung der Singular-Succession in Schulden geführt, kann ebenfalls als gelungen bezeichnet werden. Zur Entstehung eines gewohnheitsrechtlichen Satzes wird verlangt eine Übung, in welcher der Ausdruck einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung des Volkes gefunden wird¹⁾. Es ist nicht zu verkennen, dass diesen Erfordernissen bei der Passiv-Succession genügt ist.

Denn bei der Veräusserung von Immobilien, bei Auseinandersetzungen, bei Geschäftsübertragungen kommt seit Jahrhunderten ein Geschäft vor, bei dem eine Partei der andern erklärt, gewisse Schulden der andern zu übernehmen, und zwar so, wie sie sind. Zugleich oder später wird unter Mitwirkung des Gläubigers der Urschuldner von seiner Verpflichtung befreit, sei es nun, dass der Übernehmer dem Gläubiger ein Anerkenntnis abgibt und dieser dann den Urschuldner entlässt, oder dass der Gläubiger ohne weiteres seine Zustimmung erteilt. Das ist eben das Geschäft, welches wir heute als echte Schuldübernahme bezeichnen. Dass dieses sich in anderer Weise gar nicht

1) Windscheid, Pand. I, § 16.

erklären lässt als durch Unterstellung einer Singular-Succession in die Schuld, haben Delbrück und Gürgens in einer eingehenden Prüfung aller früheren Konstruktionsversuche in unanfechtbarer Weise dargethan¹⁾.

Schon lange nämlich stand dieses Geschäft in voller Ausbildung und lebendiger Übung da, ehe man die rechtliche Natur desselben zu erklären versuchte. Jedem Gedanken an die Möglichkeit einer Passiv-Succession fern, vergeblich bemüht, dem Eindrücke der Praxis sich zu entziehen, vermochte man die Schwierigkeiten, die sich infolgedessen der Konstruktion dieser Rechtsform entgegenstellten, nicht zu überwinden. Grosse Schwankungen in den Ansichten waren die Folge.

Die Praxis, unter dem Einflusse des *usus modernus Pandectarum* stehend, war längst von dem Gedanken der Übertragbarkeit der Schuld beherrscht. Sie durchbrach, um dem Gläubiger ohne Vertrag mit dem Übernehmer eine direkte Klage gegen denselben zu verschaffen, die geschlossene Theorie der römischen Delegation und half sich in völliger Verkennung des Wesens der Delegation mit der Annahme einer stillschweigenden Delegation. War der Schuldübernahmevertrag geschlossen, so sollte, sobald der Gläubiger seine Zustimmung zu erkennen gab, eine stillschweigende Delegation vorliegen. Der Urschuldner sollte dann befreit und nur der Übernehmer dem Gläubiger verpflichtet sein.

Die wissenschaftlichen Konstruktionsversuche zeigen ein beständiges Schwanken. Bald findet sich die Annahme einer stillschweigenden Cession, man sucht die Gesichtspunkte der Bürgschaft, der Intercession zu verwerten. Man verirrt sich sogar dazu, den Gläubiger als *solutionis causa adiectus* zu bezeichnen! Viel verbreitet ist auch die Unterstellung eines unbenannten Vertrages, durch wel-

1) Gürgens S. 242—250; Delbrück S. 22—34, 74—77; Kuntze, *Oblig. u. Singular-Succession* S. 305—307; Windscheid in *Krit. Übersicht* Bd. I, S. 32—35.

chen der Übernehmer sich verpflichtet, den Urschuldner zu liberieren oder zu defendieren, den Gläubiger zu bezahlen. Dann bemächtigt man sich der Begriffe des Mandats, der Stellvertretung, des Zahlungsauftrages. Am meisten bemerkenswert dabei ist, dass keiner dieser Versuche in der Wissenschaft eine besondere Beachtung findet. Auch die Konstruktion mit Hülfe der Delegation oder Expromission vermag nicht, die Vorherrschaft zu behaupten.

Sie sind alle Konstruktionen, die sich teilweise verwerten lassen für die Geschäfte der Erfüllungsübernahme, der kumulativen und der indirekten Schuldübernahme. Der echten Schuldübernahme nähert sich keine. Aber die ganze Geschichte dieser Konstruktionsversuche ist m. E. ein Beweis für den Satz¹⁾, „dass das Laiendenken und die juristische Verwirklichungsform sich nicht immer decken, dass aber im praktischen Resultate beide zuletzt doch übereinstimmen müssen.“ Die ganze Entwicklung ist aber auch der beste Beweis dafür, dass die Singular-Succession in die Schuld für unser heutiges Recht gewohnheitsrechtlich feststeht. —

Der gemeinsame Grundsatz dieser Theorieen, dass die Singular-Succession in Schulden heute Rechtens sei, hat nicht verhindern können, dass die Konstruktionsversuche selbst in verschiedenen Richtungen sich bewegen. Drei Richtungen lassen sich hier unterscheiden. Die erste, vertreten von Windscheid, Bruns, Gürgens, Regelsberger, Unger u. a. bestimmt den Begriff der echten Schuldübernahme als Dispositionsakt über ein fremdes Vermögensrecht. Die zweite, ebenfalls von Windscheid vertreten, sodann von Danz, Stobbe, Dernburg u. a. bezeichnet ihn als Vertrag zu Gunsten eines dritten. Eine weitere Richtung, hauptsächlich unter Menzels Vorantritt, versucht die Konstruktion im Wege sinngemässer Fortbildung und Modifikation der römischen Delegation.

1) Regelsberger in Archiv f. d. civil. Praxis, Bd. LXVII, S. 29.

Zweiter Titel.

Die verschiedenen Konstruktionsversuche.**I. Theorien, welche die Passiv-Succession konstruieren
als Dispositionsakt über ein fremdes Ver-
mögensrecht. § 9.**

Diese Auffassung, welche man als die in Theorie und Praxis herrschende bezeichnen kann, bedarf aus diesem Grunde eingehenderer Erörterung. Ihre Hauptlehren sind folgende.

**A. Begriff und Form der Übernahme. Mitwirkung
des Gläubigers.**

‘Die echte Schuldübernahme, so lautet die Lehre¹⁾, werde bewirkt durch Vertrag zwischen dem Successor und dem Gläubiger, oder durch Vertrag zwischen dem Successor und dem Urschuldner. Letzterenfalls bedürfe der Vertrag zu seiner Gültigkeit der Zustimmung des Gläubigers. Dieselbe könne erfolgen ausdrücklich oder stillschweigend, gleichzeitig oder nachfolgend.

Wie durch Vertrag, so könne die Übertragung auch geschehen durch letztwillige und richterliche Verfügung, Zustimmung des Gläubigers vorausgesetzt.’ —

I. Der Vertrag zwischen dem Gläubiger und Successor erheischt keine besondere Betrachtung. Er kann ohne Wissen, ja selbst gegen den Willen des Urschuldners geschlossen werden, gerade wie die römische Expromission im engeren Sinne. Dieser Vertrag ist der seltenere Fall.

II. Anders liegt die Sache, wenn der Vertrag geschlossen wird zwischen Urschuldner und Successor. Hier bedürfen zwei Fragen einer Erörterung: Welche Bedeutung

1) Gürgens S. 261 fg.; Windscheid, Pand. II. S. 255 fg.; Krit. Übersicht, Bd. I, S. 40—46; Regelsberger in Endemanns Handbuch II, S. 532 fg., im Arch. f. civil. Praxis Bd. LXVII, S. 24 fg.

hat der Vertrag, solange der Gläubiger nicht seine Zustimmung erklärt hat, und welche rechtliche Natur hat die Zustimmung des Gläubigers? —

1. Der Vertrag vor der Zustimmung des Gläubigers.

Windscheid¹⁾ charakterisiert die rechtliche Lage also: 'Das Verhältnis sei das gleiche, wie bei der Veräußerung einer fremden Sache, oder, was noch näher liege, einer fremden Forderung. Die Veräußerung sei ungültig ohne Zustimmung des Berechtigten, werde aber gültig durch dessen hinterher erteilte Genehmigung.' —

Bei dem Rechtsakte, durch welchen zwei Parteien über ein fremdes Vermögensstück disponieren, kommen obligatorische und dingliche Wirkungen in Frage.

Was die obligatorischen Wirkungen anbetrifft, so gelangen sie sofort mit dem Vertragsschlusse zwischen den Kontrahenten rechtlich zur Entstehung, indem der Rechtsakt das fremde Vermögensstück nur zum Gegenstande hat: 'rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est,' l. 28 D. de contr. empt. 19, 1. Dingliche Wirkungen hingegen können durch die rechtliche Thätigkeit der Kontrahenten allein nicht hervorgebracht werden, indem der Rechtsakt einen faktischen Eingriff in die fremde Vermögenssphäre enthält: '... si quis dominium in fundo non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert,' l. 20 pr. D. adq. rer. dom. 41, 1. Erst die Genehmigung desjenigen, zu dessen Rechtsgüterkreis das Vermögensstück gehört, vermag den Rechtsakt auch nach seiner dinglichen Seite hin wirksam zu machen.

So liegen auch die Verhältnisse, wenn der Gegenstand des Rechtsaktes zwischen den Parteien ein fremdes Forderungsrecht, eine fremde Schuld ist. In diesem Sinne erklären auch die Quellen die Cession oder Novation einer fremden Forderung für ungültig. In l. 8 § 5 pr. D. de

1) Pand. II, § 338, N. 6.

nov. 46, 2 heisst es: . . . 'non tamen, si quis stipuletur, quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur; . . .' — und in l. 20 pr. eodem: 'novare possumus aut ipsi, . . . aut per alios, qui voluntate nostra stipulantur.' —

Demnach hat Unger¹⁾ vollkommen Recht, wenn er von der Schuldübertragung ohne Genehmigung des Gläubigers sagt, sie sei nicht blos in ihrer Wirksamkeit für und gegen den Gläubiger, sondern in ihrer Gültigkeit nach allen Seiten hin durch die Genehmigung des Gläubigers bedingt, der Schuldübergang sei bis dahin in der Schwebe. Die obligatorischen Wirkungen des Rechtsaktes der Schuldübertragung entstehen zwischen Urschuldner und Successor sofort. Die dinglichen hingegen werden existent erst mit dem Augenblicke, in welchem der Gläubiger seine Genehmigung erteilt und so den Rechtsakt auch nach seiner dinglichen Seite hin zur Konvalescenz bringt.

2. Von der Genehmigung des Gläubigers wird behauptet²⁾, 'sie sei ein einseitiger Rechtsakt seitens desselben. Durch diese Genehmigung gestatte er den Kontrahenten die Einwirkung auf sein Vermögen, ohne in das zwischen denselben bestehende Rechtsverhältnis einzutreten.' —

Auch das ist richtig. Der Gläubiger erteilt einem Geschäftse seine Genehmigung, welches der Urschuldner für sich abgeschlossen hat. Es ist wie der Wille des Eigentümers, dessen Sache jemand für sich verkauft oder verpfändet hat, und dem nun der Eigentümer seine Zustimmung giebt, so in l. 3 C. de rei vind. 3, 32, in l. 20 pr., l. 27 D. de pign. act. 13, 7; l. 16 § 1 D. de pign. et hyp. 20, 1. Es ist derselbe Wille, welcher die Novation

1) Schuldübernahme S. 27, 28. Vergl. Motive z. Entwürfe I, Bd. II, S. 145.

2) Gürgens S. 271 fg.; Windscheid Pand. II, S. 257, 258; Unger, S. 12.

einer fremden Forderung gültig macht: l. 8 § 5, l. 20 pr. D. de nov. 46, 2. —

Die Annahme eines besonderen Vertragsverhältnisses zwischen Gläubiger und Successor ist zwar möglich, aber nicht notwendig. Jedenfalls entspricht sie nicht dem Wesen des Geschäftes.

Für die Unterstellung eines Vertrages erklären sich besonders Ryck¹⁾, Simon²⁾, Stobbe³⁾ und Menzel⁴⁾. Dieselben nehmen teils ein einfaches Angebot des Successors, teils ein Kollektivangebot von Urschuldner und Successor an, welches der Gläubiger acceptiere. Indessen wird ihm eine Offerte gar nicht gestellt. Er soll nur eine Verfügung gut heissen, welche dritte Personen über eines seiner Vermögensrechte getroffen haben. Ferner ist zu berücksichtigen, dass ein solcher Vertrag zwischen Gläubiger und Successor den Schwerpunkt des Geschäftes verlegt, der doch thätächlich in dem Übereinkommen zwischen Urschuldner und Successor liegt.

Man könnte einen Vertrag mit dem Successor für notwendig halten, weil regelmässig einer Person Forderungen nur durch Vertrag, nicht auch durch einseitigen Willensakt derselben erworben werden können. Indessen erwirbt der Gläubiger hier gar kein neues Forderungsrecht. Er erhält nur an Stelle des alten Schuldners einen neuen; für ihn kommt gar keine neue Obligation zustande.

Gürgens⁵⁾ hält selbst den Vertrag für unnötig, will aber die Möglichkeit eines solchen dadurch gewähren, dass er den Urschuldner als negotiorum gestor des Gläubigers auftreten lässt. Als solcher erwerbe er für den Gläubiger ein Forderungsrecht gegen den Successor, das

1) Lehre v. d. Schuldverhältnissen, S. 492.

2) In Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht, Bd. XXIV, S. 102.

3) Deutsches Privatrecht III, S. 221, 222.

4) Bd. XI cit. S. 595, 596; S. 666 fg.

5) S. 272, 273.

dem Gläubiger durch die Ratihabition definitiv zu teil werde. — Indessen steht dieser Annahme entgegen, dass der Urschuldner lediglich in eigenem Namen mit dem Successor kontrahiert.

Simon¹⁾ fasst die ganze Schuldübernahme als einen dreiseitigen Vertrag auf. Die Folge davon wäre, dass eine vollkommene Übereinstimmung zwischen den drei beteiligten Personen vorhanden sein müsste. Ferner würde eine Nichtübereinstimmung zwischen zwei Kontrahenten den Vertrag auch inbezug auf den dritten unwirksam machen. Das wäre eine Konsequenz, die gerade bei der Schuldübernahme nicht durchführbar erscheint. Bei dieser hat die Vereinbarung zwischen je zwei Kontrahenten ein selbstständiges Dasein.

3. 'Die Genehmigung könne erfolgen ausdrücklich oder stillschweigend, gleichzeitig oder nachfolgend. Sie setze Kenntnis des Gläubigers von dem Vertrage voraus'²⁾. —

a. Die Genehmigung setze Kenntnis des Gläubigers von dem Vertrage voraus. —

Hier wird man unbedenklich zustimmen, sogar noch besondere Mitteilung seitens der Kontrahenten an den Gläubiger fordern können. Denn ein unbeschränktes Recht des Gläubigers, ohne weiteres seine Genehmigung zu erklären, würde der Parteiabsicht sicherlich zuwiderlaufen. Die Kontrahenten könnten nicht minder in Ungelegenheiten geraten als der Gläubiger selbst. Man wird noch weiter gehen und sagen müssen: wenn der Gläubiger die Zustimmung abgelehnt hat, so ist auch zu nachträglicher Erteilung derselben eine neue Aufforderung nötig.

Eine beschränkte Genehmigung erklärt Regelsberger³⁾ mit Recht als Verweigerung derselben. Vor

1) S. 102 fg.

2) Gürgens S. 271 fg.; Unger S. 12; Windscheid, Pand. II, S. 257, 258. Regelsberger (Endemann) S. 536.

3) Regelsberger (Endemann) S. 537.

allem kann dem Gläubiger nicht die Berechtigung zuerkannt werden, die Genehmigung so zu erteilen, dass er den neuen Schuldner annehmen und zugleich den Urschuldner festhalten kann. Die Parteien wollen ja diese Mithaftung nicht.

b. Die Genehmigung könne ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, gleichzeitig mit dem Übernahmevertrage oder später. —

In welchen Handlungen eine stillschweigende Genehmigung zu erblicken sei, wird mit Recht für eine Thatfrage erklärt, die nach allgemeinen Auslegungsregeln zu beurteilen sei, eine Ansicht, für welche auch das Reichsgericht sich ausgesprochen hat ¹⁾. In der Klageerhebung gegen den Successor sieht Windscheid unbedingte Genehmigung, ebenso Gürgens und Unger. Sicherer erscheint indessen Regelsbergers Annahme, der eine vorbehaltlose Klageerhebung verlangt.

Nachträgliche Genehmigung erfordert, wie Gürgens hervorhebt, dass die Schuld noch unverändert besteht. — Ist die Schuld nicht mehr vorhanden, so ist auch keine Genehmigung einer Übernahme mehr möglich. Ist die Schuld verändert, so ist die Genehmigung deshalb wirkungslos, weil vermutlich der Successor die Schuld in dem veränderten Zustande nicht übernehmen will.

c. Nachträgliche Genehmigung werde auf den Abschluss des Vertrages zurückbezogen ²⁾. —

Auch diesen Satz halte ich für richtig. Denn giebt der Gläubiger die Zustimmung überhaupt, so ist er auch einverstanden mit dem Rechtsgeschäfte in Ansehung der Zeit, von welcher an es zu wirken bestimmt ist. Von praktischer Wichtigkeit aber erscheint der Zeitpunkt der Wirksamkeit wegen der Zinspflicht. —

1) Entscheid. Bd. XIX, Nr. 48.

2) Regelsberger (Endemann) S. 537; Gürgens S. 291.

B. Die Rechtsverhältnisse zwischen den einzelnen Beteiligten.

I. Urschuldner und Successor.

‘In der Regel sei der Successor verpflichtet, die Zustimmung des Gläubigers zu beschaffen. Solange diese nicht erteilt sei, seien die Parteien berechtigt, den Vertrag rückgängig zu machen. Verweigere der Gläubiger die Genehmigung, so sei der Successor verpflichtet, den Effekt, der infolge seiner Erklärung eintreten solle, durch seine Thätigkeit, soweit er könne, herbeizuführen’¹⁾. —

Welcher von den Parteien die Beschaffung der Genehmigung des Gläubigers obliegt, ist m. E. eine Thatfrage, die im Zweifel zu Gunsten des Urschuldners zu entscheiden ist. Denn da der Übernehmer einmal die Schuld von dem Urschuldner übernehmen und sich mit derselben belasten will, so ist er auch verpflichtet, alles zu thun, was nötig ist, um diesen Effekt herbeizuführen.

Menzel²⁾ wendet ein, ‘der Übernehmer habe meist gar nicht die Möglichkeit, die Genehmigung zu beschaffen’. Dem wird man nicht zustimmen können. Will der Gläubiger überhaupt seine Zustimmung erteilen, so wird es dem Übernehmer nicht schwer fallen, sie einzuholen. Der Gläubiger wird nur den Nachweis genügender Sicherheit des Successors verlangen. Diesen Nachweis kann der Successor selbst leichter beibringen als der Urschuldner. Verweigert aber der Gläubiger die Zustimmung, so giebt es andere Wege, die wirtschaftliche Wirkung der Übernahme herbeizuführen. Das einfachste Mittel wäre die Zahlung der Schuld; diese muss³⁾ der Gläubiger annehmen. Sofortige Zahlung allerdings würde gerade bei der

1) Unger S. 12; Gürgens S. 295.

2) S. 662.

3) l. 39 D. de neg. gest. 3, 5; l. 23, l. 40, l. 53, l. 72 § 2 D. h. t. 46, 3; pr. I. qu. m. obl. toll. 3, 29.

Übernahme von Hypotheken, die meist auf längere Zeit angelegt, vielleicht jahrweise rückzahlbar sind, den Bedürfnissen des Verkehrs nicht entsprechen. Es wäre genügend, rechtzeitige Zahlung zu verlangen, sodass die Schuldübernahme dann in Erfüllungsübernahme überginge.

Dass der Urschuldner, wenn er selbst zahlen musste, ein Regressrecht an den Übernehmer hat, wird nicht bezweifelt.

Stobbe¹⁾ will den Umfang dieses Regressrechtes auf dasjenige beschränken, was der Urschuldner wirklich zahlen musste. — Mit Unrecht, denn der Übernehmer darf es gar nicht zur Belangung des Urschuldners kommen lassen. Er haftet daher allgemein für den Schaden, den dieser infolge der Belangung erlitten hat. Dieser Schaden wird aber in den meisten Fällen, insbesondere wenn Zwangsvollstreckung in Frage steht, die Schuldsumme übersteigen.

II. Gläubiger und Successor.

‘Das Rechtsverhältnis zwischen beiden sei, da die Schuld in ihrer bisherigen Beschaffenheit auf den Successor übergehe, wesentlich dasselbe, wie dasjenige des Gläubigers zu dem Urschuldner gewesen’²⁾. —

1. Die wichtigste Frage ist hier diejenige, ob der Successor dem Gläubiger Einreden aus seinem, des Successors Verhältnisse zum Urschuldner entgegensetzen kann. Sie wird im Princip durchweg verneinend beantwortet. Windscheid³⁾ will indessen diejenigen Einreden zulassen, welche ihrer Natur nach auch gegen dritte wirken, z. B. die *exceptio quod metus causa*. Regelsberger⁴⁾ will unterscheiden zwischen relativer Nichtigkeit

1) S. 219, Nr. 10.

2) Windscheid, Pand. II, S. 259, 260; Gürgens S. 291 fg., 298 fg.

3) Pand. II, § 339, Nr. 4.

4) Regelsberger (Endemann) S. 536.

und Anfechtbarkeit. Hingegen schliessen G ü r g e n s ¹⁾, S t o b b e ²⁾ und M e n z e l ³⁾ jede Einrede aus.

Für den vorzugsweise von G ü r g e n s, M e n z e l, S t o b b e und U n g e r vertretenen Satz, die Übernahme sei von ihrer causa unabhängig, spricht zunächst die Analogie der römischen Delegation, bei welcher ebenfalls regelmässig jeder Einfluss des Verhältnisses von Delegat zu Delegant auf die Verpflichtung des Delegaten gegen den Delegatar ausgeschlossen ist ⁴⁾.

Aber der Satz findet auch seine volle innere Rechtfertigung in dem Wesen der Passiv-Succession und in der Absicht der Parteien. — Die Zulassung von Einreden des Successors aus seinem Verhältnisse zu dem Urschuldner würde die Möglichkeit in sich schliessen, dass die Verpflichtung des Successors gegen den Gläubiger hinfällig würde. Dann muss aber auch dem Gläubiger sein Recht gegen den Urschuldner wiedergegeben werden. Man erwäge z. B. folgende Möglichkeit. Der Gläubiger hat den Successor verklagt und ist mit seiner Klage wegen Ungültigkeit der Übernahme abgewiesen worden. Jetzt belangt er den Urschuldner, und hier erkennt ein anderes Gericht auf Gültigkeit der Übernahme und weist den Gläubiger ebenfalls ab. Solche widersprechende Urteile sind wohl möglich, da Urteile nur zwischen den Parteien wirken. Oder, was noch näher liegt, der Gläubiger ist mit seiner Klage gegen den Successor wegen Ungültigkeit der Übernahme abgewiesen worden, und mittlerweile ist der Urschuldner in Konkurs geraten.

Will man trotz dieser Möglichkeiten die Anfechtung der Klage des Gläubigers mit Einreden aus der causa der Übernahme dem Successor gestatten, dann muss man auf die Möglichkeit einer Passiv-Succession durch Vertrag

1) S. 280—287. 2) S. 224. 3) S. 676, 677.

4) Vergl. l. 1 § 10 D. quar. rer. 44, 5; l. 12, 13, 19 D. de nov. 46, 2; l. 4 § 20, l. 5 § 5 D. de doli m. exc. 44, 4.

zwischen Urschuldner und Successor überhaupt Verzicht leisten. Denn der Gläubiger wird alsdann niemals seine Zustimmung zu der Übernahme geben, mag ihm die wirtschaftliche Lage des Successors auch noch so viel Sicherheit bieten. Die Absicht der Parteien kann gar nicht dahin gehen, dem Gläubiger eine solche Lage zuzumuten, giebt er doch ohnehin vorzugsweise in ihrem Interesse seine Zustimmung.

Demnach ist es richtig, aus der causa des Übernahmevertrages abgeleitete Einwendungen dem Successor gegenüber dem Gläubiger nicht zu gestatten. Das schliesst nicht aus, dass der Successor das Dasein der Übernahme überhaupt bestreitet, z. B. weil er zur Zeit des Vertragschlusses handlungsunfähig gewesen sei. In diesem Bestreiten liegt keine aus der causa der Schuldübernahme hergeleitete Einrede, sondern eine Bestreitung des Schuldübernahmeaktes selbst, ein Bestreiten der Passivlegitimation.

Der Successor seinerseits ist trotz des Grundsatzes der Unabhängigkeit der Übernahme von ihrer causa genügend geschützt. Er kann ja gegen den Urschuldner Regress nehmen, und die Bereicherungsklagen werden ihm in den meisten Fällen zu Gebote stehen.

2. Aus dem Princip der Singular-Succession folgt, dass, vorbehaltlich besonderer Abrede, die Schuld mit ihren Vorzügen und Mängeln übergeht.

Dem steht nicht entgegen, dass Bürgschaft und das von einem dritten bestellte Pfandrecht im Zweifel erlöschen¹⁾. Zwar dauern beide im Falle einer Universal-Succession, z. B. bei Beerbung, ohne weiteres fort. Aber dies hat darin seinen Grund, dass der Erbe nicht blos in die rechtliche, sondern auch in die wirtschaftliche Stellung des Erblassers einrückt. Auch wäre ja der Zweck der Bürgschaft so gut wie verfehlt, wenn ihre Wirksamkeit auf die Lebensdauer des Schuldners beschränkt bliebe. An-

1) G ü r g e n s S. 289, 290.

ders bei der Singular-Succession. Hier ist der Gläubiger völlig sicher gestellt, da ohne seinen Willen die Succession sich nicht vollziehen kann. Demnach muss hier die im Zweifel allerdings zu vermutende Wahrscheinlichkeit, dass der Bürge und Pfandbesteller dem Schuldner nur einen persönlichen Dienst leisten wollte, Berücksichtigung finden.

Gegen die Geltendmachung von Konkursprivilegien von Seiten des Gläubigers gegen den Successor hat man¹⁾ eingewandt, 'es könne dem letzteren nicht gestattet werden, in dieser Weise seine sonstigen Gläubiger zu schädigen'. Indessen ist doch vor allem fraglich, ob der Successor wirklich seine Gläubiger schädigt. Ferner, wollte man den andern Gläubigern diese Berücksichtigung zu teil werden lassen, so würde jede Schuldübernahme zur Unmöglichkeit. Denn immer kann der Successor durch eine solche seine Gläubiger schädigen, und gegenüber dolosen Handlungen seinerseits schützt sie ihr Anfechtungsrecht in genügender Weise.

Inbetreff des Überganges der Zinspflicht auf den Successor will G ü r g e n s²⁾ berücksichtigen, ob der Übernehmer dieselbe kannte oder nicht. Ersterenfalls solle die Zinspflicht auch ihn treffen, letzterenfalls solle sie im Zweifel nicht mit übergehen. W i n d s c h e i d³⁾, U n g e r⁴⁾ u. a. erklären dagegen den Successor ohne weiteres für zinspflichtig. Ob der Successor für rückständige Zinsen hafte, wird als quaestio facti bezeichnet, die im Zweifel zu verneinen sei.

Wohl mag die Unkenntnis der Zinspflicht einen Ersatzanspruch des Successors gegen den Urschuldner begründen. Allein es ist nicht gerechtfertigt, diese Unkenntnis auch gegenüber dem Gläubiger wirken zu lassen. Denn verlieren soll der Gläubiger sein Recht auf Zinsen nicht,

1) A d l e r in Archiv f. bürgerl. Recht. Bd. III, S. 5, 6; Motive z. Entw. I, S. 147.

2) S. 290, 291.

3) Pand. II, § 339.

4) S. 30.

und so bliebe nur der unbefriedigende Ausweg, dass entweder der Urschuldner forthaften oder die Übernahme ungültig sein müsste. Bei der Übernahme von Hypotheken ist die Frage wenig praktisch. Denn wenn die Zinspflicht im Grundbuche eingetragen ist, so kann der Successor sich nicht auf Unkenntnis berufen.

Für die Nichthaftung des Successors in Ansehung der rückständigen Zinsen spricht die Analogie, dass bei Abtretung verzinslicher Forderungen der Anspruch auf die rückständigen Zinsen im Zweifel nicht als mitabgetreten gilt. Da indessen diese Haftung übernommen werden kann, so erscheint es richtig, die Frage als *quaestio facti* zu bezeichnen und sie im Zweifel zu verneinen.

Dass höchstpersönliche Einreden nicht mitübergehen, ist nicht zu bezweifeln. Dies folgt auch aus l. 7 pr. D. de exc. 44, 1: 'exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios; veluti ea quam socius habet exceptionem quod facere possit, vel parens patronusve, non competit fideiussori: . . .' — Auch die Compensationseinrede aus einer Gegenforderung des Urschuldners gegen den Gläubiger kann der Successor, wie allgemein angenommen wird¹⁾, nur auf Grund besonderer Cession der Gegenforderung geltend machen. Denn diese Einrede ist völlig unabhängig von der Schuld, welche übertragen wurde, und nur diese bestimmte Schuld hat der Successor übernommen.

C. 'Die Zulässigkeit der Schuldübernahme unterliege regelmässig keinen Beschränkungen'²⁾. —

Auch hier ist beizustimmen. Eine Ausnahme wird nur da vorhanden sein, wo bei der Begründung der Schuld die Übertragung von vorneherein ausgeschlossen wurde. Ferner dann, wenn die Erfüllung der Schuld durch den Successor objektiv ausgeschlossen ist, z. B. bei den actiones

1) St o b b e S. 216 fg.

2) G ü r g e n s S. 288; W i n d s c h e i d, Pand. II, § 340.

vindictam spirantes. Ersterenfalls kann auch die Genehmigung des Gläubigers eine Passiv-Succession nicht ermöglichen. Erteilt er seine Zustimmung, so kommt eine Schuldübernahme mit Novationswirkung zustande.

II. Theorien, welche die Passiv-Succession mit Hülfe der Verträge zu Gunsten dritter konstruieren. § 10.

Die Konstruktion der Passiv-Succession im Wege der Verträge zu Gunsten dritter wird versucht von Stobbe, Gareis, Danz, Dernburg u. a. Windscheid erklärt sie für möglich, aber für umständlicher und beschwerlicher. Er bevorzugt deshalb die von ihm selbst durchgeführte.

Die Formulierung der einzelnen Konstruktionsversuche ist eine verschiedene.

I. Gareis¹⁾ konstruiert in folgender Weise:

‘Die Schuldübernahme, zunächst die kumulative, sei ein echter Vertrag zu Gunsten eines dritten. Die Möglichkeit des Ausscheidens des Urschuldners unter Zustimmung des Gläubigers negiere keineswegs die Existenz eines echten pactum in favorem tertii, wiewohl eine wirkliche Vergünstigung des Gläubigers nur bei Fortdauer der Haftung des Urschuldners vorhanden sei’. —

II. Die Konstruktion bei Danz²⁾ lautet, wie folgt:

‘Auch die privative Schuldübernahme sei ein Vertrag zu Gunsten eines dritten. Durch den Vertrag erhalte der Gläubiger ein Forderungsrecht gegen den Übernehmer. Aber dies Forderungsrecht sei nur ein alternatives, indem der Gläubiger nun

1) S. 290, 291.

2) Forderungsüberweisung S. 142, 144, 146, 147.

entweder von dem Urschuldner oder von dem Übernehmer fordern könne. Der Urschuldner, an sich nicht dazu verpflichtet, gewähre dem Gläubiger dieses Forderungsrecht durch einseitigen Willensakt. Die Forderung des Gläubigers gegen den Successor sei identisch mit der Forderung des Gläubigers gegen den Urschuldner'. —

III. Stobbe¹⁾ äussert sich in folgender Weise:

‘Der Schuldübernahmevertrag sei nach den Regeln über die Verträge zu Gunsten dritter zu beurteilen. Erst durch den Zutritt des Gläubigers zu dem Vertrage gehe die Schuld aus dem Passivvermögen des Urschuldners in dasjenige des Übernehmers über’.

Sieht man auch von den Schwierigkeiten ab, welche die Verwertung einer bestrittenen Rechtsform in der Konstruktion einer nicht minder bestrittenen mit sich bringen muss, so zeigt sich trotzdem der Begriff der *pacta in favorem tertii* für eine Schuldübernahme mit Successionswirkung nicht verwendbar.

Die Parteiabsicht bei der echten Schuldübernahme ist diese: der Gläubiger soll dasselbe Recht, welches er gegen den Urschuldner hat, gegen den Successor an Stelle des Urschuldners haben. Hält man an diesem Gedanken fest, so stehen der Unterstellung eines *pactum in favorem tertii* mehrfach Bedenken entgegen.

1. Wenn der Gläubiger sein ursprüngliches Recht gegen den Urschuldner nunmehr gegen den neuen Schuldner haben soll, so lässt sich das durch einen Vertrag zu seinen Gunsten nicht erreichen. Das Recht, welches er hier erhält, ist objektiv ein anderes Recht, mag man sich seine Entstehung denken, wie man will.

Unmittelbar durch den Vertrag, wie heute übereinstimmend angenommen wird, erwirbt der Gläubiger eine

1) S. 218, 219.

actio utilis gegen den Übernehmer. Zugleich hat er noch sein altes Recht gegen den Urschuldner. Dieses Recht behält er solange, bis er seine Genehmigung erteilt. Und nur durch die Genehmigung kann er dieses alte Recht gegen den Übernehmer erlangen, nicht schon durch den Vertrag des Urschuldners mit dem Übernehmer. Es bestehen also zwei verschiedene, inhaltlich möglicherweise übereinstimmende Rechte, das alte gegen den Urschuldner und das neue gegen den Übernehmer nebeneinander. Das Princip der Sondernachfolge, d. h. Übergang des alten Rechtes von dem Urschuldner auf den Successor, liesse sich demnach nur in der Weise wahren, dass man ein Ineinanderübergehen des alten und des neuen Rechtes infolge der Genehmigung seitens des Gläubigers annähme, — ein Ausweg, welcher juristisch unmöglich ist.

2. Wenn man den Schuldübernahmevertrag als Vertrag zu Gunsten eines dritten ansieht, so liegt der Rechtsgrund der Forderung des dritten, des Gläubigers, in diesem Vertrage. Bei der Übernahme hat aber der Übernahmevertrag lediglich die Bedeutung, den Übernehmer gegen die alte Klage des Gläubigers passiv zu legitimieren, gerade wie bei der Cession der Vertrag zwischen Cedent und Cessionar den letzteren für die Klage gegen den Cessus aktiv legitimieren soll. Hingegen der Rechtsgrund der Forderung gegen den Successor ist in dem Vertragsverhältnisse des Gläubigers zu dem Urschuldner zu suchen.

3. Ein Begriffsmerkmal der Verträge zu Gunsten dritter ist die „Gunst“ für den dritten. Gewiss darf aus diesem Worte nicht zuviel gefolgert werden. Den Parteien liegt beim Abschlusse dieser Verträge eine Begünstigung des dritten fern. „Gunst“ heisst in der Sprache des Rechts nichts anderes als: der dritte soll ein Recht erwerben, und zwar soll er es regelmässig unentgeltlich erwerben¹⁾. Bei

1) Ein neuerer Schriftsteller über die Verträge zu Gunsten dritter, K r ü c k m a n n (1893), spricht daher richtiger von „Verträgen zu Rechten dritter“.

einer kumulativen Schuldübernahme liesse sich in dieser Hinsicht gegen die Unterstellung eines pactum in favorem tertii nichts einwenden.

Anders bei der echten Schuldübernahme. Vergleichen wir die Parteiabsicht bei dieser: „Übertragung des Rechtes unter Wechsel des Schuldners“ mit dem regelmässigen Willen der Kontrahenten bei dem pactum in favorem tertii: „unentgeltlichem Rechtserwerbe für den dritten“, — so ergiebt sich, dass hier weder von einem unentgeltlichen Erwerbe, noch von einem Erwerb überhaupt gesprochen werden kann.

Der Gläubiger erwirbt kein Recht ohne Entgelt. Er soll den alten Schuldner freigeben und dafür den neuen erhalten. Als regelmässigen Fall wird man denjenigen betrachten dürfen, dass der neue Schuldner noch grössere Sicherheit bietet als der alte, da sonst der Gläubiger nicht seine Genehmigung geben wird. Aber es bleibt immer nur ein Tausch, den der Gläubiger macht. Nur unter eigener Mitwirkung, nur unter Aufgabe seiner Ansprüche gegen den Urschuldner kann er ein Recht gegen den Successor erlangen. Ferner ist ihm das Recht gegen den Successor auch nur dann sicher, wenn den Kontrahenten nicht beliebt, den Vertrag vor Erteilung der Genehmigung durch contrarius consensus rückgängig zu machen. Will man aber Urschuldner und Successor nebeneinander haften lassen, so muss man auf das Prinzip der Sondernachfolge Verzicht leisten.

Ferner ist zu entgegnen. Es liegt überhaupt kein Erwerb eines Rechtes vor, sondern nur Änderung eines solchen: Eintritt des neuen Schuldners an Stelle des bisherigen. Nicht einmal von einem bedingten Erwerb lässt sich sprechen, in der Weise, dass man sagen könnte: jedenfalls sei ein Erwerb beabsichtigt, nur bedingt durch die Entlastung des Urschuldners. Einmal hat es, wie Menzel¹⁾ mit Recht hervorhebt, etwas Gewaltsames, den

1) Bd. XI, S. 587.

einheitlichen Akt der Succession in Rechtserwerb und Liberation zu zerlegen, und demgemäss zu sagen, dass doch auch hier ein Rechtserwerb beabsichtigt sei. Sodann aber kann diese Annahme doch nicht verhindern, dass das Recht stets das alte bleibt, verändert nur durch die Person des Schuldners. —

Die Bedenken, welche die Konstruktionsversuche mit Hülfe der *pacta in favorem tertii* mit sich bringen, sind nach dem Gesagten zu schwerwiegend und lassen sich nur in künstlicher Weise beseitigen.

III. Menzels Delegationstheorie. § 11.

Einen Versuch, die Singular-Succession in die Schuld mit Hülfe sinngemässer Fortbildung der römischen Delegation zu konstruieren, macht Menzel¹⁾.

‘Schon an sich’, sagt Menzel, ‘habe die römische sog. titulierte Stipulation grosse charakteristische Züge mit unserer echten Schuldübernahme gemeinsam. Wenige Modifikationen seien genügend, um der Konstruktion der Passiv-Succession diese titulierte Stipulation unterstellen zu können.

1. Nach römischer Anschauung habe allerdings auch bei der titulierten Stipulation die inhaltlich transferierte Obligation als neue gegolten, weil eben die titulierte Stipulation eine neue *causa debendi* geschaffen habe. Der heutige formlose Vertrag könne auch die *causa debendi* ungeändert lassen, so dass nicht nur materielle, sondern auch formelle Identität der alten und neuen Obligation vorhanden sei.

2. Der Untergang der accessorischen Rechte auch bei der titulierten Stipulation sei, weil diese Rechte Accessorien der Forderung seien, mit der Succession in die Schuld verträglich. Zudem sei

1) Bd. XI, S. 597—602; 655 fg., Bd. XIV, S. 623—629.

dieser Untergang auch für das römische Recht eine bloße Willenspräsuntion ohne prinzipielle Bedeutung; besondere Abrede habe den Untergang verhindert.

3. Bei der Schuldübernahme werde der Beitritt des Gläubigers in der Regel nicht gleichzeitig erklärt, und die römische Delegation sei allerdings ein einheitlicher Akt, der sich nicht in aufeinanderfolgende Willenserklärungen zerlegen lasse. Heute aber sei eine successive Entstehung des Gesamtthatbestandes der Delegation zulässig. Auch das sei nur eine Fortbildung römischen Rechtes, welche die Delegation für die Konstruktion der Schuldübernahme verwendbar mache.

Der Grundsatz, welcher Menzel bei seinem Versuche leitet: Verhinderung einer unnötigen Unterbrechung in der Kontinuität der Rechtsentwicklung, — verdient vollkommen Anerkennung. Indessen erscheint es mehr als fraglich, ob die Wahrung dieses Grundsatzes hier angebracht ist.

I. Wenn nach römischem Rechte Gajus an den Sejus eine Kaufpreisforderung hat, und Sejus überweist ihm zu deren Tilgung das, was Titius ihm aus Darlehn schuldet, so lautet die Formel der titulierten Stipulation zwischen Gajus und Titius: 'Titi, centum quae Seius ex emto mihi debet, mihi dare spondes?' — oder: 'Titi, quod Seius ex emto mihi debet, mihi dare spondes?' 'Spondeo'. — Gajus hat jetzt gegen den Titius eine Stipulationsforderung, freilich begrenzt durch den Inhalt der Forderung aus Kauf, die Gajus an den Sejus gehabt hat. Trotz der Bezugnahme auf die alte Obligation zwischen Gajus und Sejus ist eine neue Obligation entstanden. Denn eine neue causa debendi ist vorhanden.

Anders bei der heutigen echten Schuldübernahme. Der C hat gegen den D eine Forderung aus Darlehn.

D verkauft das Unterpfund an den S, und dieser übernimmt die Darlehnschuld in Anrechnung auf den Kaufpreis. Jetzt hat C, falls er den Vertrag zwischen D und S genehmigt, gegen den S seine alte Darlehnsforderung, die er früher gegen den D hatte. Der Schuldgrund ist geblieben, nur die Person des Schuldners hat gewechselt¹⁾.

Diesen Unterschied giebt Menzel zu. Um so auffallender ist seine Ansicht, denn beide Fälle zeigen eine so gänzlich von einander abweichende Rechtsanschauung, dass die Annahme einer sinngemässen Fortbildung ausgeschlossen scheint. Zwischen dem römischen und dem heutigen Standpunkte besteht eine Kluft, die auch nicht durch die Thatsache überbrückt werden kann, dass heute der formlose Vertrag die Stipulation vertritt.

II. Menzel, indem er der Ansicht ist, die accessoirischen Rechte seien Accessorien der Forderung, und ihr Untergang berühre die Singular-Succession in die Schuld nicht, thut damit dem einheitlichen Begriffe der Obligation Gewalt an. Forderung und Schuld sind nur Bezeichnungen für die beiden Seiten ein und derselben Rechtssubstanz, in ihren Schicksalen völlig unzertrennbar. Die Eigenschaften der einen sind auch Eigenschaften der andern, seien sie Vorzüge oder Mängel. Soll einmal eine Singular-Succession in die Schuld, in dem Sinne, in dem wir sie nehmen, angenommen werden, so lässt sie sich auch nur in der Weise denken, dass auch die Vorzüge, welche die Schuld für den Gläubiger hat, mitübergehen.

Da im römischen Rechte bei der Stipulation der Inhalt einer schon bestehenden Obligation in das Versprechen des Promittenten aufgenommen werden kann, so folgt daraus allerdings eine Abhängigkeit des neuen Forderungsrechtes von dem alten. Nur ausnahmsweise aber sprechen die Quellen von einer Entkräftung der Klage des Dele-

1) U n g e r S. 20; R e g e l s b e r g e r in Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. IX, S. 394—397.

gatars infolge einer Einrede, und sicher ist, dass die Nebenrechte der alten Obligation untergehen. Es bedarf eines besonderen Vorbehaltes, um die Nebenrechte aufrecht zu erhalten, und die Konkursprivilegien gehen trotz Abrede der Parteien unter¹⁾).

In l. 29 D. de nov. 46, 2 heisst es: '... Perit enim privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur vel post pubertatem tutelae actio novetur, si id specialiter actum est . . . ?' — Soll das Pfandrecht hinübergerettet werden, so ist eine besondere Vereinbarung nötig, l. 11 § 1 D. de pign. act. 13, 7: 'Novata autem debiti obligatio pignus peremit, nisi convenit, ut pignus repetatur,' ebenso l. un. C. etiam ob chirogr. pec. 8, 26. Weiter sagt l. 18 D. de nov. 46, 2: 'Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus, usurae non currunt,' und l. 30 eodem, l. 4 C. de fidei. 8, 40: 'Novatione legitime perfecta debiti in alium translati prioris contractus fideiussores vel mandatores liberatos esse, non ambigitur, si modo in sequenti se non obligaverunt.' —

Das sind Stellen, die mehr als eine blosse Willenspräsumtion enthalten. Eine Anwendung der vieldeutigen und unzusammenhängenden Vorschriften der Quellen auf unsere heutigen Verhältnisse und Geschäftsformen wäre nur geeignet, Verwirrung in den Ansichten der Parteien hervorzurufen. Eine blosse Modifikation der römischen Lehren ist hier nicht möglich.

III. Eine successive Entstehung des Gesamtthatbestandes der Delegation, wie die echte Schuldübernahme sie nötig macht, erscheint allerdings heute zulässig. — Mit Unrecht wird dies von Delbrück²⁾ bestritten. Will man die Übernahme und die Genehmigung des Gläubigers zu derselben als Vertrag auffassen, so hat das Auseinander-

1) Vergl. die genauere Erörterung bei der Prüfung der Theorie von D a n z, unten S. 85—93.

2) S. 22 fg.

liegen der beiden Akte in der Zeit heute keine Bedeutung mehr. Denn wir haben keine Verbalkontrakte mehr im Sinne der römischen Stipulation.

Trotz der notwendigen Modifikationen des römischen Institutes könnte man dem Gedanken, die titulierte Delegation bei der Konstruktion der Passiv-Succession zu verwerten, billigend entgegenkommen, wenn wirklich ein Gewinn für das heutige Recht daraus zu ziehen wäre. Menzel¹⁾ giebt selbst zu, dass die rechtliche Situation bei der heutigen Schuldübernahme eine kompliziertere sein würde. Die römische Delegation, sagt er, halte die *causa delegationis* und die *stipulatio* des Delegaten auch äusserlich strenge auseinander. Heute würde der Übernahmevertrag nicht blos die *causa* der Delegation darstellen, sondern die Delegationsstipulation selbst enthalten. — Wenn die Verwertung der römischen Delegation bei der echten Schuldübernahme die ohnehin nicht einfache Situation rechtlich noch komplizierter macht, so müssen die Konstruktionsversuche andere Wege gehen und einfachere Formen suchen, wie sie der Verkehr dringend verlangt.

Zweites Kapitel.

Die Theorieen, welche eine Passiv-Succession nicht allein für das heutige, sondern auch schon für das römische Recht lehren. § 12.

Schon die Behauptung, die Singular-Succession in Schulden sei heutiges gemeines Recht, hat eine ungewöhnliche Bewegung in der wissenschaftlichen Welt hervorgerufen. Aber dieselbe war gering im Vergleich zu derjenigen, welche entstand, als die Lehre aufgestellt wurde, sie sei bereits dem römischen Recht nicht unbekannt und

1) S. 676.

seine Grundsätze über dieselbe seien daher heute unmittelbar anwendbar. Es schien, als ob man an den Grundfesten römischer Rechtslehre zu rütteln versuche.

Die Hauptanhänger dieser neuen Lehre sind von Salpius, Gide, Danz¹⁾. Die Untersuchungen des letzteren geben die neueste Formulierung der Lehre, sie seien deshalb auch hier zu Grunde gelegt.

Danz²⁾ behauptet, 'schon die Römer hätten eine Aktiv- und eine Passiv-Succession gekannt. Das Rechtsgeschäft, um diese Wirkung herbeizuführen, sei die Delegation in ihrer doppelten Form als Aktiv- und Passiv-Delegation gewesen.

Delegation im technischen Sinne bedeute nämlich: Eintritt eines neuen Trägers in die Obligation, eines neuen Gläubigers oder Schuldners, unter Ausscheidung des bisherigen Obligationssubjektes. Bei der Aktiv-Delegation habe der Delegat dem Delegatar das versprochen, was er dem Deleganten schuldig sei, bei der passiven Delegation habe der Delegat dem Delegatar das versprochen, was der Delegant dem Delegatar schuldet.'

I. Einen Hauptstützpunkt für seine Lehre findet Danz³⁾ in Ulpian's Legaldefinition l. 11 pr. D. de nov. 46, 2: 'Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit'. — 'Hier bedeute 'reus' nicht Schuldner, sondern allgemein Obligationssubjekt. In dem Relativsatze 'vel cui iusserit' sei 'delegans' als Subjekt anzusehen, und demnach der Satz zu ergänzen: 'vel ei reo, quem

1) Danz konstruiert für das heutige Recht die privative Schuldübernahme als echten Vertrag zu Gunsten eines dritten, vergl. oben S. 72. 73.

2) Jahrb. f. Dogmatik, Bd. XIX, S. 40 fg.; Forderungsüberweisung S. 1—117; Archiv f. d. civil. Praxis, Bd. LXXIV, S. 240 fg.

3) Forderungsüberweisung S. 28—32.

delegans iusserit'. In letzterem Falle bedeute aber 'reus' wieder Schuldner; es sei also zu lesen: 'vel ei debitori, quem delegans iusserit'. Die Definition sei demnach so wiederzugeben: Delegieren heisst an seinerstatt ein anderes Obligationssubjekt einem Gläubiger oder Schuldner stellen'. —

M. E. lässt sich aus der Stelle weder für noch gegen Danz ein Beweis entnehmen¹⁾. Jedenfalls aber ist die Art und Weise, in welcher er der Sprache Gewalt anthut, nicht gerechtfertigt. 'Reus' im Sinne von Obligationssubjekt zu nehmen, kann mit dem sonstigen Sprachgebrauche der Quellen allerdings vereinbart werden, wie u. a. aus l. 1 D. de duob. reis 45, 2 hervorgeht: 'Qui stipulatur, reus stipulandi dicitur, qui promittit, reus promittendi habetur'. Zu Ulpians Zeit ist der Ausdruck 'reus' nur für den Schuldner üblich, z. B. l. 4 § 20 D. de doli m. exc. 44, 4 werden 'reus' und 'debitor' als gleichbedeutend behandelt. In dem Relativsatze soll 'reus' bei Danz denn auch wieder als 'debitor' fungieren, ein Bedeutungswechsel desselben Wortes in Haupt- und Nebensatz, der sprachlich nicht zu rechtfertigen ist.

Noch weniger hat für sich die Einführung von 'delegans' in den Nebensatz als dessen regierendes Subjekt. Denn weder vorher noch nachher ist ein 'delegans' in der Stelle genannt. Auch hat der Nachsatz sein Subjekt aus dem vorausgehenden Hauptworte zu ergänzen, wie es auch sonst in den Quellen geschieht, z. B. in l. 10 § 6 D. mand. 17, 1: '.... in hoc agam, ut eum deleget mihi, vel si cui iusserim', — in l. 51 D. de adq. vel amitt. poss. 41, 2: '.... quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet iusserim custodia tradatur'. — Auch Salpius will den delegans als Subjekt in den Relativsatz einführen, ergänzt dann aber besser als Danz: 'cui delegans iusserit promitti'.

1) Menzel, Bd. XIII, S. 624—625; Regelsberger in Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. XXVIII, S. 377—392.

II. Die Gleichstellung der Delegationsstipulation mit der delegatio per litis contestationem in l. 11 § 1 D. de nov., welche ebenfalls Danz¹⁾ für sich anführt, lässt keineswegs darauf schliessen, dass die Wirkung bei der ersteren dieselbe gewesen sei wie die bei der letzteren.

Tritt ein anderer als der wirkliche Gläubiger oder Schuldner in die Rolle des Klägers oder des Beklagten ein, so übt dieser Eintritt auf den Inhalt des Forderungsrechtes keinen Einfluss aus. Und geschieht dieser Eintritt auf Geheiss des Gläubigers oder Schuldners, so liegt allerdings nach den Worten der Stelle eine Delegation vor. Aber daraus folgt nicht, dass auch die andere Art der Delegation, die delegatio per stipulationem, den Inhalt des Forderungsrechtes ungeändert liess. Vielmehr zeigen die Quellen zur Genüge, dass diese beiden Arten der Delegation in ihren Wirkungen auseinandergehen. L. 29 D. de nov. 46, 2 sagt: 'Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit enim privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur vel post pubertatem tutelae actio novetur, si..... Quod nemo dixit lite contestata: neque enim....' Ferner l. 11 pr. § 1 D. de pign. act. 13, 7: 'Solutum non videtur, si lis contestata cum creditore sit de ipso debito, vel si fideiussor conventus fuerit. Novata autem debiti obligatio pignus peremit, nisi...' — Noch deutlicher tritt der Gegensatz hervor in l. 18 D. de nov. 46, 2 einerseits: 'Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus, usurae non currunt' — und l. 35 D. de usur. etc. 22, 1 andererseits: 'Lite contestata usurae currunt'. Weiter sagt l. 76 § 1 D. de verb. obl. 45, 1: 'Cum stipulamur: id quod praesenti die dumtaxat debetur, in stipulationem deducitur, non — ut in iudiciis — etiam futurum:.. —'

1) Forderungsüberweisung S. 32—34.

III. Wenn Danz¹⁾ ferner behauptet, dass die Delegation immer die Überweisung einer schon bestehenden Obligation enthalten habe, sowie, dass die formula der Delegationsstipulation stets eine relative Fassung gehabt habe, so ist dies ebenfalls nicht gerechtfertigt.

1. Was das erstere anbetrifft, so widerspricht z. B. l. 33 § 3 D. de donat. 39, 5. Hier hat Tu, der Delegant, dem Sekundus, um ihm eine Schenkung zu machen, den Primus delegiert, welcher letzterer die Absicht hatte, ihm, dem Deleganten, eine Schenkung zu machen: '.... cum ... donare vellet, ...' und der Delegat verspricht dem Delegatar das, was der Delegant diesem schenken wollte. Ebenso in l. 41 pr. D. de re iud. 42, 1: 'Si te donaturum mihi delegavero creditori meo, ...' — Von der Überweisung einer schon bestehenden Obligation ist also in diesen Stellen keine Rede.

2. Mehrere Quellenstellen enthalten allerdings eine Beziehung der Delegationsstipulation auf ein bestehendes Schuldverhältnis. So l. 27 D. de nov. 46, 2: 'Emptor cum delegante venditore pecuniam ita promittit: Quidquid ex vendito dare facere oportet', ... auch l. 32 D. hoc tit.: '... stipulor ... ita: quod te aut Seium dare oportet'. In l. 8 § 4 D. h. t. findet sich aber auch die Fassung: '... decem, quae mihi Titius debet'... — Es ist wohl anzunehmen, dass diese letztere Fassung bei den Römern ebenso häufig gewesen, als die formula incerta. Auch bei der heutigen echten Schuldübernahme lautet die Abrede meist so: „S. übernimmt in Anrechnung auf den Kaufpreis die Darlehnschuld des D. in Höhe von dreitausend Mark“. —

Wie dem aber auch sei, Danz hat nicht Recht, wenn er behauptet²⁾, die Fassung 'centum, quae Titius tibi debet' habe keine andere Wirkung gehabt als die

1) Jahrb. f. Dogmatik, Bd. XIX, S. 74; Forderungsüberweisung S. 40 fg.

2) Forderungsüberweisung S. 42.

Fassung 'quidquid Titius tibi ex vendito debet'. — Eine Verschiedenheit musste im Prozesse und besonders bei der Verteilung der Beweislast unbedingt zur Erscheinung kommen.

Wenn ferner wirklich die Stipulation, wie Danz meint, stets gelautet hätte: 'Quidquid Titius tibi ex vendito debet', dann hätte auch, falls eine ipso iure nichtige Obligation in die Formel der Delegationsstipulation aufgenommen war, diese letztere ipso iure nichtig sein müssen. Hier gerät Danz aber in Widerspruch mit mehreren Entscheidungen. Dieselben zeigen, dass die Delegationsstipulation nur ope exceptionis unwirksam wird. So bedarf in l. 2 § 3 D. de donat. 39, 5 der Delegat, der eine nicht bestehende Schuld promittiert hat, gegen die Klage aus der Delegationsstipulation der exceptio doli. Ebenso in § 4 eodem, ferner in l. 7 D. de doli mali exc. 44, 4, in l. 13 D. de nov. 46, 2. —

IV. Als Hauptbeweis für seine Theorie führt Danz¹⁾ den Übergang der Einreden bei der titulierten Delegation ins Feld. Inbetreff der Nebenrechte behauptet er, dass ihr Wegfall nicht im Widerspruche mit einer Succession stehe. Auch habe die Parteiabrede die Nebenrechte aufrecht erhalten können.

1. Was die Einreden betrifft, so stellt Danz den Grundsatz auf:

'Bei der Aktivdelegation habe der Delegat Einreden aus seinem Verhältnisse zu dem Deleganten, keine aus dem Verhältnisse des Deleganten zu dem Delegatar. Bei der Passivdelegation könne Delegat gerade umgekehrt Einreden aus dem Verhältnisse des Deleganten zu dem Delegatar, nicht solche aus seinem eigenen Verhältnisse zu dem Deleganten vorbringen.

1) Forderungsüberweisung S. 34 fg., 49 fg., 88 fg. Vergl. ferner S. 106 und S. 36 in dogm. Jahrb. Bd. XIX mit S. 36 u. S. 54 in Forderungsüberweisung.

Gerade die Nichtbeachtung des Unterschiedes zwischen Aktiv- und Passivdelegation habe es bisher unmöglich gemacht, den in den Quellen bei der titulierten Delegation vorkommenden Übergang von Einreden auf einen einheitlichen Grundsatz zurückzuführen. In jedem Falle müsse man untersuchen, welche Art der Delegation vorliege. —

Zunächst kommen aber mehrere Quellenentscheidungen inbetracht, bei welchen das Princip, welches Danz aufstellt, sich nicht bewährt.

a) l. 8 § 2 D. ad S. C. Vell. 16, 1.

Hier hat eine Frau, um den Sekundus von der Forderung des Primus zu befreien, zunächst dem Primus ein Zahlungsversprechen abgegeben. Dann hat sie auf Weisung des Primus diesen selbst von seinem Gläubiger befreit.

Julian ist der Ansicht, dass hier zwei Intercessionen vorliegen, und er giebt daher in beiden Fällen der Frau die exceptio S. C. Velleiani. Primus erhält dann seine Forderung gegen den Sekundus zurück, er selbst wird auch wieder seinem Gläubiger verpflichtet. — Anders Marcellus. Er sieht einen Unterschied, wenn die Frau die Schuld des Primus auf sich genommen hat, und wenn Primus seinem Gläubiger lediglich den aus der Intercession der Frau für den Sekundus herrührenden Anspruch überwiesen hat. Nur für den ersteren Fall will er eine zweimalige Intercession annehmen, anderenfalls nur eine einzige, und er versagt demnach der Frau die exceptio S. C. Velleiani, wenn der Gläubiger des Primus den ihm überwiesenen Anspruch gegen sie geltend macht. —

Es liegt eine Aktivdelegation vor, und nach Danz' Theorie müsste die Delegatin die Einrede aus ihrem Verhältnisse zu dem Deleganten, dem Primus, gegen den Delegatar vorbringen können; sie wird ihr aber in der Stelle versagt. Danz sucht, um sein Prinzip zu retten,

den Fall in künstlicher Weise als Passivdelegation zu deuten, was dem klaren Sinne der Stelle widerspricht.

b) l. 41 pr. D. de re iud. 42, 1.

Tu will dem Ego eine Schenkung machen. Ego, der einen Tertius beschenken will, delegiert den Tu diesem Tertius. — Nach Danz muss eine Aktivdelegation vorliegen, Tu also die *exceptio beneficii competentiae*, die ihm als Schenker gegen den Ego, den Deleganten zusteht, auch gegen den Tertius, den Delegatar haben. Der Jurist versagt aber dem Tu, dem Delegaten, die Einrede; es heisst in der Stelle: *‘in solidum conveniendus est.’*

Man wende nicht ein, die Einrede werde ihm deshalb versagt, weil es eben die *exceptio beneficii competentiae* sei, eine *exceptio in personam*. Es wäre eine Ungerechtigkeit, wollte man aus diesem Grunde dem Schenker, denn das bleibt ja der Delegat, die Einrede versagen.

c) Ähnlich liegen die Verhältnisse in l. 33 § 3 D. de donat. 39, 5. Auch hier bildet Schenkung das Valuta- und Revalierungsverhältnis, und doch greift das *beneficium competentiae* nicht Platz.

Die römischen Juristen haben selbst jedenfalls nicht das Prinzip, welches Danz für die Anfechtbarkeit der Delegationsstipulation aufstellt, gekannt. Das beweist am besten die Art und Weise, in der sie die Zulassung und die Ausschliessung der Anfechtung zu rechtfertigen suchen. Diese Rechtfertigung ist so eigentümlich, dass man wohl merken kann, welche Schwierigkeiten ihnen diese Anfechtung geschaffen hat.

Der nächstliegende Grund für die Zulassung der Anfechtung wäre doch der gewesen, dass der Delegat eben nur versprochen hatte, die Forderung des Deleganten an ihn, den Delegaten, oder die des Delegatars an den Deleganten zu erfüllen. Und die Ausschliessung der Anfechtung hätte sich doch am einfachsten damit rechtfertigen lassen, dass eben die Stipulation nur ein bestimmtes Rechtsverhältnis enthielt, und dass es deshalb dem Dele-

gaten nicht gestattet werden konnte, auf ein anderes Rechtsverhältnis sich zu berufen.

Nun wird in l. 19 D. de nov. 46, 2 als Grund für die Ausschliessung der Anfechtung angegeben: „Der Delegatar kann nicht wissen, wie die Verhältnisse zwischen Delegant und Delegat liegen, und wenn er es auch weiss, so darf er sich doch nichts anmerken lassen, um nicht als curiosus zu gelten“: *‘. . . non facile scire petitor potest, quid inter eum qui delegatus est, et debitorem actum est aut, etiamsi sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur: et ideo merito denegandum est adversus eum exceptionem ex persona debitoris.’* In l. 7 § 1 D. de doli mali exc. 44, 4 wird, um die Zulassung der Einrede zu begründen, Zuflucht zur humanitas genommen: *‘. . . Et habet haec sententia Juliani humanitatem, ...’* in l. 4 § 21 D. eod. muss der favor dotis aushelfen, um die Ausschliessung der exceptio doli gegenüber der Klage des Delegatars zu begründen: *‘. . . ne indotata fieret.’* Ebenso in l. 9 § 1 D. de cond. 12, 4: *‘. . . . nec decipiendus est: quod fit, si cogatur indotatam uxorem habere,’* — und in l. 5 § 5 D. de doli mali exc. 44, 4: *‘. . . non ducturus uxorem, nisi dotem accepisset . . .’* —

Die Quellen sprechen in einzelnen Fällen der titulierten Delegation von Einreden gegenüber der Klage aus der Delegationsstipulation. Aber gerade in diesen Fällen sind die Umstände so gestaltet, dass man mit Recht eine Ausnahme annehmen darf. Meistens hat die Billigkeit hier den Ausschlag gegeben, gerade wie bei der *condictio indebiti*, welche ebenfalls je nach Umständen gegeben oder verweigert wird.

Folgende Entscheidungen kommen hier inbetracht:

a) l. 8 § 6 D. S. C. Vell. 16, 1.

Eine Frau hat zum Zwecke einer Intercession ihren vermeintlichen Schuldner delegiert, und der Delegat hat gegen die Klage des Gläubigers aus der Delegationsstipulation die *exceptio S. C. Velleiani*. — Das hat seinen be-

sonderen Grund. Aus l. 8 § 5 D. h. t. folgt, dass dann, wenn die Frau ihren wirklichen Schuldner delegiert hat, das Senatuskonsult nicht Platz greift. Es cessiert ja auch dann, wenn sie eine fremde Schuld bezahlt: l. 9 C. h. t. 4, 29. Hat sie aber einen Nichtschuldner delegiert, so wird die Einrede diesem gegeben, weil ihm sonst die Frau regresspflichtig würde. Also das Interesse der Frau, die Verhütung einer *fraus legis* rechtfertigen hier die Zulassung der *exceptio* gegen die Klage aus der Delegationsstipulation vollkommen.

b) l. 2 § 3 D. de donat. 39, 5.

Der Delegant hat seinen vermeintlichen Schuldner delegiert, um dem Delegatar eine Schenkung zu machen. Der Delegat soll gegen den Anspruch des Delegatars die *exceptio doli* haben. — Der Grund für die Gewährung der *exceptio doli* leuchtet ein. Wohl nur in dem Glauben, er habe eine Forderung an den Delegaten, hat der Delegant dem Delegatar ein Zeichen seiner Freigebigkeit gegeben. Die Billigkeit gestattet nicht, ihn für seine Loyalität einer *condictio* des Delegaten auszusetzen, und so giebt der Jurist dem letzteren die *exceptio doli*. — Ebenso liegen die Verhältnisse in l. 7 pr. D. de doli mali exc. 44, 4.

c) l. 9 § 1 D. de cond. 12, 4; l. 41 pr. D. de re iud. 42, 1; l. 5 § 5 D. de doli mali exc. 44, 4.

Zum Zwecke der Dosbestellung hat die Ehefrau ihren vermeintlichen Schuldner dem Ehemanne delegiert. Vorausgesetzt, dass zur Zeit der Klage aus der Delegationsstipulation die Ehe schon gelöst ist, kann der Delegat der Klage des Delegatars die *exceptio doli* entgegensetzen. — Mit gutem Grunde. Denn wird der Delegat zur Zahlung verurteilt, so ist der Delegatar als Ehemann verpflichtet, die nunmehr empfangene Dos seiner ehemaligen Ehegattin zu restituieren. Bei dieser mag sich dann der Delegat mit der *condictio indebiti* seinen Regress holen.

Um diesen umständlichen Weg zu vermeiden, wird hier von vorneherein dem Delegaten die exceptio gewährt.

d) l. 2 § 4 D. de donat. 39, 5; l. 7 § 1 D. de doli mali exc. 44, 4.

Der Delegant hält sich irrtümlich für den Schuldner des Delegatars, und er ist auch in dem Irrtume befangen, er, der Delegant, habe eine Forderung an den Delegaten. Der von dem Delegatar verklagte Delegat erhält die exceptio doli. — Der Grund ist derselbe wie vorhin: Vereinfachung des Rechtsweges. Würde man dem Delegaten die exceptio versagen, und also der Delegatar das Geld erhalten, so würde er es doch gegenüber der *condictio indebiti* des Deleganten wieder verlieren. Der Delegat seinerseits würde auch nicht zögern, gegen den Deleganten die *condictio indebiti* anzustellen.

Die Prüfung der Quellen hat ergeben, dass nur ausnahmsweise in denselben Einreden gegen die Klage aus der Delegationsstipulation vorkommen. Das Versprechen des Delegaten an den Delegatar ist ein abstraktes, es ist für den Gläubiger so gut wie baare Zahlung. Daraus erklärt sich auch die Redewendung '*suum recepit*' in l. 21 D. de donat. 39, 5, in l. 1 § 10 D. quar. rer. act. 44, 5; in l. 12 D. de nov. 46, 2¹).

2. Von den Nebenrechten behauptet Danz²), 'dass deren Wegfall das Wesen der Succession nicht berühre. Bei der Aktivdelegation habe zur Erhaltung des Pfandrechtes die auf den Übergang desselben gerichtete Willenserklärung des Deleganten genügt. Nur bei der Passivdelegation sei die Bürgschaft erloschen, und mit Recht, weil sie hier einen persönlichen Charakter habe; man verbürge sich nur für einen bestimmten Schuldner³).' —

Will man den Wegfall der Nebenrechte bei der Singular-Succession für unwesentlich erklären, so muss man

1) A. M. Menzel S. 627, 628.

2) Forderungsüberweisung S. 12 fg.

3) Forderungsüberweisung S. 63 fg., S. 96 fg.

den heutigen Begriff der Singular-Succession aufgeben. Das Wesen der Singular-Succession besteht darin, dass alles unverändert bleibt, wie es gewesen ist, nur das Rechtssubjekt wechselt. Wenn wirklich im römischen Rechte unter der Voraussetzung, dass eine dahinzielende Parteiabrede vorlag, Nebenrechte aufrecht erhalten werden konnten, so widerstreitet das allein schon unserer Auffassung der Singular-Succession. Nach dieser ist zur Erhaltung der Nebenrechte in der Regel¹⁾ eine Abrede nicht nur unnötig, sondern es ist sogar besondere Vereinbarung erforderlich, um den Untergang dieser Nebenrechte zu bewirken.

Die Quellen enthalten in betreff der Nebenrechte folgende Entscheidungen, aus welchen zur Genüge hervorgeht, dass es mit der Erhaltung der Nebenrechte doch keine so einfache Bewandtnis gehabt hat, wie Danz annimmt.

a. Pfandrecht.

α) l. 1 C. etiam ob chirogr. pec. 8, 26.

Das Pfandrecht erlischt, wenn nicht bei dem Novationsakte ein Vorbehalt gemacht ward, dass es auch für die neue Obligation gelten solle. Dann aber heisst es weiter: '... Quod si pactum inter te eumque, qui postea dominus fundi constitutus novam obligationem suscepit, ...' Es wird also ein Vertrag mit dem jetzigen Eigentümer des fundus verlangt, die Abrede zwischen den alten Kontrahenten genügt nicht.

β) l. 30 D. de nov. 46, 2: '... rursum easdem res a posteriore debitore sine consensu prioris obligari non posse,' — l. 11 § 1 D. de pign. act. 13, 7: '.... nisi convenit, ut pignus repetatur.' — Hier genügt ebenfalls nicht die einfache Abrede zur Erhaltung des Pfandrechtes, ein besonderer Verpfändungsakt wird verlangt.

Diese Anerkennung der zerstörenden Wirkung der Novation ist bei dem Pfandrechte um so bezeichnender,

1) Über die Ausnahmen vergl. oben S. 69, 70.

als man sonst das Pfandrecht sogar den Untergang der Forderung überdauern liess: l. 59 pr. D. ad S. C. Trebell. 36, 1; l. 38 § 5 D. de sol. 46, 3; l. 3, l. 7, C. de praescr. XXX vel XXXX ann. 7, 39.

b. Konkursprivilegien.

Dass diese trotz der Parteiabrede untergingen, folgt aus l. 29 D. de nov. 46, 2. Es heisst dort: '.... Perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur vel post pubertatem tutelae actio novetur, si id specialiter actum est: quod' — Nicht, wie Danz meint, der Umstand, dass es sich um ein persönliches Privilegium handelt, bewirkt hier den Untergang des privilegium dotis und tutelae trotz des Vorbehaltes, sondern die tilgende Wirkung der Novation.

Wenn in l. 17 pr. D. de reb. auct. iud. 42, 5 das Konkursprivilegium erhalten bleibt, so lässt sich daraus mit nichten Erhaltung der privilegia exigendi causae überhaupt folgern. Denn es handelt sich in der Stelle um eine Begräbniskostenforderung unter eigentümlichen Umständen¹⁾.

c. Zinspflicht.

Über die Zinspflicht heisst es in l. 18 D. de nov. 46, 2: 'Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus, usurae non currunt.' —

Danz²⁾ erklärt die Stelle damit, dass es sich hier nur um eine dem Civilrechte entsprechende Formel handle — novatione 'legitime' facta —, wie sie überliefert sei in l. 27 D. eod.: 'Emptor cum delegante venditore pecuniam ita promittit: 'quidquid ex vendito dare facere oportet', novatione secuta usuras neutri post insecuti temporis debet.' — Ist das wahr, dann hätten auch Pfandrecht und Bürgschaft fortdauern müssen, wenn nicht gerade eine novatio

1) So auch Regelsberger in Bd. XXVIII cit., S. 391.

2) Forderungsüberweisung S. 63—65; Archiv f. d. civil. Praxis, Bd. LXXIV, S. 278 fg.

‘legitime’ facta vorlag. Auch bliebe es unerklärlich, wie gerade jenes, nach Danz dem Civilrechte entsprechende Formular, dann das herrschende und im Verkehr übliche werden konnte. Denn jedenfalls vermochte es regelmässig der Absicht der Parteien nicht zu entsprechen.

d. Bürgschaft.

Den Untergang der Bürgschaft bei der Novation bezeugt ausser l. 4 C. de fidei. 8, 40 noch l. 60 D. de fidei. 46, 1. Es heisst dort: ‘Novatione legitime perfecta debiti in alium translati prioris contractus fideiussores vel mandatores liberatos non ambigitur, si modo in sequenti se non obligaverunt’, — und hier: ‘. . . cum vero genere novationis transeat obligatio, fideiussorem aut iure aut exceptione liberandum.’ — Die Ausnahme in l. 55 D. de iur. dot. 23, 3: ‘Cum dotis causa aliquid expromittitur, fideiussor eo nomine datus tenetur’, — giebt auch Danz als solche zu.

Die beiden vorerwähnten Stellen enthalten allerdings nur eine Passivdelegation. Aber damit ist doch nicht der Beweis erbracht, dass bei der Aktivdelegation die Bürgschaft trotz der Novation fortbestanden habe. Es heisst ganz allgemein: ‘Novatione tollitur obligatio’. Wenn die Bürgschaft bei der Aktivdelegation eine andere Behandlung erfahren hätte als bei der Passivdelegation, so wäre es geradezu unerklärlich, dass keine Zeugnisse dieses Unterschiedes in der Kodifikation Aufnahme gefunden hätten. —

Die Prüfung der Argumente, auf welche Danz sich stützt, hat ergeben, dass der Beweis, welchen er führen wollte, ihm nicht gelungen ist. Will man in den Thatbeständen, wie die Quellen sie in den Fällen der titulierten Stipulation enthalten, schon eine Singular-Succession erblicken, dann muss man nach einer neuen Bestimmung des Begriffes der Singular-Succession suchen. Solange wir aber an der jetzt herrschenden Auffassung dieses Begriffes festhalten, dürfen wir eine Singular-Succession in Forde-

rung oder Schuld in den römischen Rechtsquellen nicht suchen.

Ein weit weniger gefährlicher Gegner als Danz ist dem römischen Grundsatz von der Unübertragbarkeit der Obligationen in von Salpius entstanden. Auch seine Theorie hat zur Grundlage eine besondere Auffassung des Begriffes der Singular-Succession. Seine Hauptlehren sind folgende:

- 1) 'Jedes Recht im subjektiven Sinne erscheine als Attribut einer bestimmten Person, ohne die es nicht gedacht werden könne. Von einer buchstäblichen Übertragung des Rechtes des einen auf einen andern dürfe man daher nicht reden. Übereinstimmung, Kontinuität lasse sich nur im Inhalte des Rechtes denken. Übertragbar seien demnach alle Rechte, deren Inhalt in dem neuen abgeleiteten Rechte eines andern reproduciert werden könne, also auch die Obligationen, sowohl Aktivum wie Passivum¹⁾.
- 2) Die römische titulierte Novation mit Schuldnerwechsel bewirke eine wahre Passiv-Succession. Denn bei ihr seien gegen den Anspruch aus der Novationsstipulation dieselben Einreden zulässig wie gegen die frühere Schuld²⁾. —

I. Bei dem Begriffe der Singular-Succession, wie die Theorie ihn aufstellt, kann dieselbe eine wahre Succession, eine wirkliche Übertragung, nicht für das römische Recht beanspruchen, sondern nur den ökonomischen Effekt der Succession.

Es ist nicht richtig, dass jedes Recht nur Attribut einer bestimmten Person ist, von der es nicht getrennt werden kann. In der Regel genügt, dass das Recht überhaupt einen Träger hat. Man wird nicht mit Unrecht

1) S. 347 fg.

2) S. 508.

behaupten können, dass Rechte zeitweilig ganz ohne Träger sein, in einem ruhenden Zustande sich befinden können. Schon das römische Recht kennt einen solchen Fall: Wenn der *civis Romanus* in Gefangenschaft geriet, galt er als Sklave, als rechtlos. Aber seine Rechte gingen nicht unter, sie gingen auch nicht sofort auf den Erben über, sie ruhten vielmehr. — Heute sind wir grossenteils darüber einig, dass überhaupt Rechte vorkommen können, die nicht blos vorübergehend, sondern auch dauernd ohne Träger sind. Die *hereditas iacens*, derelinquierte Inhaberpapiere, die juristische Person bieten treffende Beispiele.

Eine Übertragung eines Rechtes im buchstäblichen Sinne ist freilich nicht denkbar. Das Recht des einen ist nicht das Recht des andern, sondern eben das Recht jenes. In diesem Sinne lehrt auch die herrschende Successionstheorie nicht die Übertragung des Rechtes.

II. Allerdings ermöglichte die titulierte Novation eine Beibehaltung des wesentlichsten Inhaltes einer Obligation für das römische Recht und bewirkte demnach eine Abhängigkeit des neuen Forderungsrechtes von dem materiellen Bestande der alten Obligation. Aber das steht doch fest, dass auch die titulierte Novation eine neue Obligation hervorbrachte. Von einer Succession kann mithin nicht die Rede sein.

Salpius²⁾ macht hiergegen geltend, 'mit demselben Rechte, mit dem man die Annahme einer Succession bei der titulierten Novation deshalb verneine, weil die Stipulation einen neuen Entstehungsgrund an die Stelle des alten setze, könne man auch bei der Übertragung des Eigentums die Annahme der Succession ausschliessen. Das übertragene Eigentum unterscheide sich von dem abgegebenen Rechte des Auktors ebenfalls nicht blos in der Person des Berechtigten, sondern auch im Erwerbsgrunde.' —

1) Vergl. Windscheid Pand. I, S. 118—123.

2) S. 55.

Dieser Einwand ist nicht gerechtfertigt; er beruht auf mangelnder Unterscheidung von Entstehungs- und Erwerbsgrund. Zuzugeben ist, dass bei der Übertragung des Eigentums das Eigentumsrecht des Auktors und dasjenige des Successors nicht blos in der Person des Berechtigten, sondern auch im Erwerbsgrunde sich unterscheiden. Aber sie unterscheiden sich nicht im Entstehungsgrunde. Wird Eigentum durch Tradition übertragen, so entsteht es nicht von neuem, und deshalb dürfen wir hier von einer Succession reden. Wird aber eine bestehende Obligation zum Gegenstande einer titulierten Stipulation gemacht, so unterscheiden sich das Recht des Promissars und dasjenige des Gläubigers aus der alten Obligation nicht nur im Erwerbsgrunde, sondern, wie Salpius¹⁾ zugiebt, auch im Entstehungsgrunde. Und weil dies letztere der Fall ist, deshalb schliessen wir mit Recht auch für die titulierte Stipulation die Annahme einer Singular-Succession aus.

Die übrigen Vertreter dieser Richtung, vor allem Gide²⁾, bewegen sich fast vollkommen in den Bahnen, welche Salpius eingeschlagen, ohne dass es ihnen gelungen wäre, neue Beweise beizubringen oder eine grössere Beweiskraft für die bisher geltend gemachten beanspruchen zu dürfen.

Noch stehen für das römische Recht die Grundfesten des Satzes der Unmöglichkeit einer Singular-Succession in Obligationen überhaupt unentwegt. Noch lassen die klassischen Stellen, die diesen Grundsatz aussprechen, jeden Zweifel an demselben schwinden. Allerdings haben die Römer selbst der Überzeugung sich nicht verschlossen, dass ihre Ersatzmittel für die Unmöglichkeit einer Singu-

1) S. 355.

2) Windscheid Pand. II, § 353, Nr. 9; v. Czychlarz, in Zeitschrift für das Privat- und öffentl. Recht d. Gegenwart Bd. VII, S. 357 fg.

lar-Succession in Obligationen dem Verkehr nicht genügten. Sonst hätten sie nicht den Übergang des Pfandrechtes von der alten auf die neue Obligation zugelassen, — ein Bruch der Rechtskonsequenz von der schärfsten Art, wie Windscheid¹⁾ mit vollem Rechte sagt.

Schluss-Abschnitt.

Die eigne Ansicht, die Stellung der Entwürfe erster und zweiter Lesung eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich zu der Lehre von der Passiv-Succession. § 13.

Den Römern ist eine vertragsmässige Singular-Succession in die Forderung wie in die Schuld fremd geblieben. Nur willkürliche Interpretation vermag die Gesetzesworte anders zu deuten, nur Gewalt vermag dem Geiste des römischen Rechtes andere Ideen zuzuschreiben als er wirklich gehegt.

Aber so sicher die Unmöglichkeit einer Aktiv- und Passiv-Succession für das römische Recht ist, so unwiderleglich ist ihre Möglichkeit für unser Recht erwiesen.

Nicht das Verlangen, mit den Waffen des Geistes einander zu messen, hat in der Wissenschaft den Streit über die Passiv-Succession ins Leben gerufen, sondern das Bestreben, dem anerkannten Bedürfnisse des Verkehrs entgegenzukommen. Handel und Verkehr, diese beiden Faktoren der Rechtsbildung, haben, wie immer, so auch hier den richtigen Weg gewiesen.

Die Konstruktion, wie sie Windscheid, Regelsberger und die übrigen Vertreter dieser Richtung geben, entspricht vollkommen den Ansprüchen, die der Handel an das Recht stellt. Er verlangt Rechtsformen, einfach

1) Pand. II, § 338, Nr. 3.

und seinem Wesen entsprechend, sodass er imstande ist, sie deutlich zu übersehen, und dass er auf ihrer Basis der Hülfe des Gerichtes sicher sein kann. Eine solche wird ihm hier geboten.

Dass der Successor den Vertrag mit dem Gläubiger unmittelbar schliesst, ist der seltenere Fall, öfters kontrahiert er mit dem Urschuldner unter Genehmigung des Gläubigers. Die Schuld bleibt ganz die alte, nur die Person des Schuldners hat gewechselt.

Die Rechtsverhältnisse zwischen den beteiligten Personen richten sich in erster Linie nach den Abreden derselben. Fehlen solche, so greifen Rechtsvermutungen für einen einfachen Thatbestand Platz.

Seiner Natur nach enthält der Vertrag zwischen Urschuldner und Successor eine Verfügung über ein fremdes Vermögensstück. Er ist daher in Ermangelung der Genehmigung des Gläubigers unwirksam. In der Regel wird als Parteiabsicht anzunehmen sein, dass der Successor diese Genehmigung beschaffen soll, denn er will dem Urschuldner seine Last abnehmen. Verweigert der Gläubiger seine Genehmigung, so muss der Successor in anderer Weise seiner Verpflichtung nachkommen. Er muss dann dem Gläubiger Zahlung leisten, und zwar rechtzeitig, d. h. so, dass der Urschuldner nicht weiter behelligt werden kann. Der Zahlung kann der Gläubiger die Annahme nicht versagen.

Durch die Genehmigung wird der Urschuldner frei. Die Klage des Gläubigers gegen den Successor ist dieselbe, die früher dem Gläubiger gegen den Urschuldner zustand. Sie ist denselben Einreden ausgesetzt, aber auch der gleichen Nebenrechte teilhaftig.

Das Geschäft ist das Seitenstück zur Abtretung des Forderungsrechtes, hier die aktive, dort die passive Cession. Sie ist eine von den Möglichkeiten, welche sich den Parteien bieten, um den wirtschaftlichen Erfolg einer Schuldübertragung zu erreichen.

Auch die Entwürfe erster und zweiter Lesung eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich erklären die Sondernachfolge in die Schuld für rechtlich zulässig.

In den Paragraphen 314—317 des Entwurfes erster Lesung sind die Grundsätze niedergelegt, wie sie für die Konstruktion einer Singular-Succession in Schulden in Zukunft gesetzliche Geltung haben sollen¹⁾. Sie decken sich im wesentlichen mit denjenigen, welche auch in der Wissenschaft die meiste Anerkennung gefunden haben. Die wenigen Punkte, in welchen die Konstruktion des Entwurfes und die in der Wissenschaft herrschende von einander abweichen²⁾, berühren das Wesen der Passiv-Succession nicht.

Auch nach dem Entwurfe kann der auf Sondernachfolge in die Schuld gerichtete Vertrag abgeschlossen werden zwischen Gläubiger und Sondernachfolger, oder zwischen Sondernachfolger und Urschuldner. Letzterenfalls ist Genehmigung des Gläubigers notwendig.

Der Vertrag ist seiner Natur nach ein Veräusserungsvertrag, wie bei der Abtretung einer Forderung. Er ist formfrei. Mit der Genehmigung des Gläubigers konvalesciert der zwischen Urschuldner und Successor abgeschlossene Vertrag; ihre sofortige Erwirkung ist Sache des Übernehmers.

Die Genehmigung des Gläubigers ist ein einseitiger Rechtsakt seitens desselben. Sie setzt Benachrichtigung von dem Vertrage voraus. Sie muss binnen bestimmter Frist von dem Gläubiger abgegeben werden, widrigenfalls sie als verweigert gilt. Bis zur Erteilung der Genehmigung können die Parteien den Vertrag aufheben und ändern.

Die Schuld geht, gemäss dem Prinzip der Sondernachfolge, auf den Successor über so, wie sie bei dem Urschuldner war, mit den Einreden und Nebenrechten.

1) Vergl. Motive z. Entw. I, Bd. II, S. 142—147.

2) Vergl. oben S. 61, 62; S. 70.

Ausgenommen sind solche, die wegen ihres persönlichen Charakters den Übergang nicht überdauern können.

Die Klage des Gläubigers gegen den Successor ist dieselbe, welche dem Gläubiger gegen den Urschuldner zustand. Der Successor kann aus dem Rechtsgrunde der Übernahme keine Einreden gegen den Gläubiger herleiten.

Der Entwurf zweiter Lesung schliesst sich diesen Grundsätzen in den Paragraphen 357 fg. im wesentlichen an. Nur wenige Bestimmungen haben eine Änderung erfahren. Der Satz, dass der Successor verpflichtet sein soll, die Genehmigung des Gläubigers zu beschaffen, ist gefallen. Der Successor soll im Zweifel nur gehalten sein, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen. Ferner lässt § 360 allgemein Einwendungen aus dem Verhältnisse von Gläubiger und Urschuldner gegenüber der Klage des Gläubigers gegen den Successor zu, ohne, wie früher, höchstpersönliche Einreden besonders auszunehmen.

Um einem lebhaft empfundenen Bedürfnisse des Verkehrs und ebenso häufigen als wichtigen Erscheinungen des Rechtslebens die gebührende Rechnung zu tragen, haben die Entwürfe die Passiv-Succession angenommen¹⁾. Mit Genugthuung dürfen wir diese Thatsache begrüßen, denn die Aufnahme der Passiv-Succession in dem Werke, das bestimmt ist, auch in der Einheit des Rechtes die deutschen Stämme zu vereinigen, ist der lebendigste Ausdruck des Gedankens, der unsere heutige Rechtsbildung beherrscht, und der seinen Widerhall findet in den Worten:

„Wir stehen im Zeichen des Verkehrs!“

1) Motive z. Entw. I, Bd. II, S. 142.



Muenster, Rudolf

Über die Singular-Succession in Schulden Göttinger Inaugural-Dissertation

Bonn 1893

J.rom.m. 355 r

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11637743-5